Der Begriff der Ehe nach heutigem Recht

Inaugural-Dissertation

verfaßt und der

Hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Kgl. Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur

Erlangung der rechts- und staatswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt von

Ernst Knoll
Referendar aus Magdeburg

Karlsruhe i. B.
G. Braunsche Hofbuchdruckerei und Verlag
1913

Der Begriff der Ehe nach heutigem Recht

Inaugural-Dissertation

verfaßt und der

Hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Kgl. Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur

Erlangung der rechts- und staatswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt von

Ernst Knoll
Referendar aus Magdeburg

Karlsruhe i. B.
G. Braunsche Hofbuchdruckerei und Verlag
1913

Referent: Prof. Dr. E. Mayer

Meiner lieben Mutter

und

dem Andenken meines Vaters

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549803_0091

Inhaltsverzeichnis

Einleitung 1

I. Hauptteil

Wann ist eine Ehe zustande gekommen?

Vorbemerkung 3
Systematische Einführung 3
I. Geschichtliche Untersuchung 5
A. Aus der Vorgeschichte des BGB. 5
1. Das römische Recht 5
2. Das kanonische Recht 7
3. Das protestantische Eherecht 10
4. Das gemeine Recht 10
5. Das bayerische Landrecht 16
6. Das Allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten 17
7. Das französische Recht 22
8. Das badische Landrecht 27
9. Die sog. Länder sächsischen Rechts 27
10. Gotha 28
11. Das BGB. für das Königreich Sachsen 29
12. Die Personenstandsgesetze 31
a) Das preußische Gesetz 31
b) Das Reichsgesetz 32
B. Aus der Entstehungsgeschichte des BGB. 34
Vorbemerkung 34
1. Der Entwurf des Redaktors 34
2. Der Entwurf erster Beratung 41
3. Der Entwurf erster Lesung 43
4. Die Kritik dieses Entwurfs 44
5. Der Entwurf zweiter Lesung 53
6. Die Bundesrats- und Reichstags-(Kommissions-)vorlage 57
II. Das heutige Recht 58
Vorbemerkung 58
A. Herrschende Ansicht 59
B. Kritik und Gegenansicht 63
C. Anwendung 81

1. Prozeß 82
2. Strafgesetzbuch 85
3. Konkurs und Anfechtung 91
4. Das Reichsgesetz über die Erwerbung und den Verlust der Reichs- und Staatsangehörigkeit vom 1. Juni 1870 92

II. Hauptteil

Wann hat eine Ehe aufgehört, Ehe zu sein?

Vorbemerkung 95
1. Die streitenden Meinungen 95
2. Die Beweise 97
3. Entscheidung 100
4. Folgen 103
5. Anwendung im Einzelnen 107
A. BGB. 107
I. Die sog. spezifischen Scheidungswirkungen 107
II. Die sog. mittelbaren Wirkungen 108
B. Prozeß 111
C. Strafrecht. 112
D. Konkurs- und Anfechtungsrecht 114
E. Staatsangehörigkeit 114

Bücherverzeichnis

(Die Bücher und Abhandlungen werden nach dem Namen der Verfasser angeführt; nur wenn bei demselben Namen mehrere Werke erwähnt werden, werden sie durch zugesetzte Buchstaben unterschieden.)

Achilles, Bürgerliches Gesetzbuch. 3. Auflage. Berlin.

Ahrens, Die Rechtsstellung der Kinder aus nichtigen Ehen. Leipzig-Diss. Leipzig 1903.

Arndt B., Staatsrecht und Verwaltungsrecht. In Birkmeyers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. Berlin 1901.

Arndt, Pr., Die Verfassungsurkunde für den Preußischen Staat. 6. Auflage. Berlin 1907.

Arndts, Lehrbuch der Pandekten. 3. Auflage. München 1859.

Aubry-Rau, Cours de droit civil français. Paris 1869 ff.

Bähr, Zur Beurteilung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich. Sonderabdruck aus der „Kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Band 30.

Barazetti, Das Eherecht mit Ausschluß des ehelichen Vermögensrechtes nach C. N. und dem Badischen Landrecht. Hannover 1895.

Bartels, Ehe und Verlöbnis nach gemeinem und partikularem Recht. Hannover 1871.

Bazille-Köstlin, Das Recht der Staatsangehörigkeit mit besonderer Berücksichtigung Württembergs. Stuttgart 1902.

Béghagel, Das badische bürgerliche Recht und der C. N. Tauberbischofsheim 1892.

Behr, Zwei Streitfragen aus dem materiellen und prozessualen Eherecht. Im Archiv für bürgerliches Recht. Band 25.

Bekker G. u. M., Grundbegriffe des Rechts und Mißgriffe der Gesetzgebung. Berlin-Leipzig 1910.

Bekker (L.), System und Sprache des Entwurfs eines BGB. für das deutsche Reich. (Heft 2 der „Beiträge" von Bekker und Fischer). Berlin-Leipzig 1888.

Bernhöft, Das Bürgerliche Recht. In Birkmeyers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. Berlin 1901.

Biederlack, Weltliche Ehegesetze und ihre Geltung. In der Zeitschrift für katholische Theologie. Band 17. 1893.

Bierling, Juristische Prinzipienlehre. Freiburg-Leipzig 1894/98.

Binding Hb., Handbuch des Strafrechts. Leipzig 1885.

Binding, Lb., Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. 2. Auflage. Leipzig 1902 ff.

Bluntschli, Abhandlung „Ehe" in seinem Staatswörterbuch. Leipzig-Stuttgart 1875.

de Boor, Die Rechtsfolgen einer materiell-nichtigen Ehe nach dem BGB. Rostock-Diss. Leipzig 1905.

Bornhak, Preußisches Staatsrecht. Breslau 1911.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten. 3. Auflage. Erlangen.

Brühl, Bedarf das System des gesetzlichen Güterstandes im Entwurf eines BGB. einer grundsätzlichen Abänderung und in welcher Richtung? In den Verhandlungen des 21. deutschen Juristentages. Band 1.

v. Buchholz, Können Kinder aus einer putativen Ehe für legitime Kinder gelten. Nr. 13 der juristischen Abhandlungen aus dem Gebiete des heutigen römischen Rechts. 1833.

v. Buchka, siehe Leske.

Buhl, Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe nach dem BGB. In der Festgabe für Bekker. Berlin 1899.

Cahn, Das Reichsgesetz über die Erwerbung und den Verlust der Reichs- und Staatsangehörigkeit vom 1. Juni 1870. 2. Auflage. Berlin 1896.

Cohen, Die Ehescheidung auf Grund gegenseitiger Einwilligung und ihre Nichtberücksichtigung im Entwurf eines BGB. für das deutsche Reich. Hamburg 1896.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Jena 1899 ff.

Crohne, Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe. Heidelberg-Diss. 1907.

Crome A., Allgemeiner Teil der modernen französischen Privatrechtswissenschaft. Mannheim 1892.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. 4. Band. Tübingen 1908.

Crome H. St., Abhandlung „Eherecht" im Handwörterbuch der Staatswissenschaften, 3. Auflage. Jena 1909 ff. Band III.

Dalloz, Art. »Mariage« in Jurisprudence généralé. Paris 1867.

Davidson E., Das Recht der Ehescheidung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1900.

Davidson Z., Über das Verfahren bei Scheidung einer Ehe nach vorhergegangener Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft. In der Zeitschrift für Zivilprozeß, Band 26.

Demolombe, Cours de Code Napoléon. Paris. III. Du mariage et de la séparation du corps. T. 1. 1854.

Denkschrift zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs nebst 3 Anlagen. Berlin 1896.

Dernburg F. R., Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preußens. 4. Band. Familienrecht. Halle a. S. 1903.

Dernburg Guttentag, Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung. In Guttentags Festgabe zum 26. deutschen Juristentag.

Dernburg P., Pandekten. 3. Auflage. Berlin 1892 ff.

Dernburg Pr. P., Lehrbuch des Preußischen Privatrechts. Halle a. S. 1894 ff.

Deutsche Nationalzeitung. 17. u. 18. Jahrgang. Das Familienrecht des Entwurfs zum deutschen bürgerlichen Gesetzbuch. Von W. H.

Dickel, Über das neue BGB. für Montenegro und die Bedeutung seiner Grundsätze für die Kodifikation im allgemeinen, mit Bemerkungen über den neuen Entwurf eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs. Marburg 1889.

Dochnal, Zur Auslegung des BGB. § 1348. II. 1. Im Archiv für bürgerliches Recht. Band 26.

Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1898 ff.

Endemann A. T., Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 9. Aufl. Bd. I. Berlin 1903 ff.

Endemann (F.), Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 8. Auflage. Band II. Familienrecht. Berlin 1903 ff.

A. Engelmann, Das bürgerliche Recht Deutschlands. 5. Auflage. Berlin 1909.

Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Marburg 1901.

Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Berlin 1879—1888. Teil 2. Gebhard: Allgemeiner Teil. Teil 3. Kübel: Recht der Schuldverhältnisse. Teil 5. Planck. Entwurf eines Familienrechts für das Deutsche Reich. Zu 2. 3. 5.: Begründung, angeführt: Begr.

Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Erste Beratung. Berlin 1884—1887.

Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Erste Lesung. Ausgearbeitet durch die von dem Bundesrate berufene Kommission. Amtliche Ausgabe. Berlin-Leipzig 1888.

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Zweite Lesung. Nach den Beschlüssen der Redaktionskommission. Auf amtliche Veranlassung. Berlin 1895.

Erler, Ehescheidungsrecht und Ehescheidungsprozeß einschließlich der Nichtigkeitserklärung der Ehe. Berlin 1900.

Erler Pos., Die Einwirkung des Bürgerlichen Gesetzbuchs auf den strafrechtlichen Tatbestand der Doppelehe. In der Juristischen Monatsschrift für Posen und Westpreußen. 1. Jahrgang, N. 3. 1898.

Feick, Gegenseitige Einwilligung als Scheidungsgrund. 1911.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. München 1906.

Fischer Gr., Über die Erfordernisse einer Putativehe und die Anwendung dieses Instituts auf den Fall einer wegen Mängel in der durch das Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 vorgeschriebenen Form ungültigen Zivilehe. In Gruchots Beiträgen. Band 25.

Fischer Jg., Die Ungültigkeit der Ehe und ihre Folgen, insbesondere bei Formmängeln. In Iherings Jahrbüchern für Dogmatik. Band 29.

Förtsch, siehe Leske.

Förster, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts auf Grundlage des gemeinen Rechts. III. Auflage. Berlin 1873/4.

Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht. 7. Auflage. Berlin 1896 ff.

Fränkel, Das Familienrecht des deutschen Reiches unter Ausschluß des Vormundschaftsrechtes. Hannover 1898.

Francke G., Gerichtliche Aufhebung ehelicher Gemeinschaft. Im Archiv für die zivilistische Praxis. Band 98.

Francke, Die uneingetragene Ehe nichtigen Abschlusses. Im Archiv für die zivilistische Praxis. Band 101.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 8.—10. Auflage. Tübingen 1911 und Nachtrag 1912.

Freisen, Geschichte des kanonischen Eherechts. 2. Auflage. Paderborn 1893.

Frey, Kritischer Kommentar über das Kirchenrecht. 2. Auflage. Kitzingen a. M. 1823 ff.

Frick, Über die putative Ehe. In Sarweys Monatsschrift für die Justizpflege in Württemberg. Band 5. 1841.

Friedberg, Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts. 4. Auflage. Leipzig 1895.

Friedenthal, Das Gesetz über die Beurkundung des Personenstandes. 2. Auflage. Berlin 1874.

Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht. Leipzig 1889.

Gierke (V.), Die soziale Aufgabe des Privatrechts. Vortrag. Berlin 1889.

Gitzler, Handbuch des gemeinen und preußischen Eherechts. Breslau 1841.

Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld. Erlangen 1792—1896.

Grill, Die Reichsgesetze über die Erwerbung und den Verlust der Bundes- und Staatsangehörigkeit vom 1. Juni 1870 und über die Freizügigkeit vom 1. November 1867 in der Fassung des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch usw. 3. Auflage. München 1906.

Grützmann, Lehrbuch des Königlich Sächsischen Privatrechts. Leipzig 1887/9.

Hachenburg, Das badische Landrecht unter Berücksichtigung des rheinischen Rechts usw. Mannheim 1887.

Hahn, Die Lehre von den Sakramenten. Breslau 1864.

Hamm, Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft. Ehebruch. In der Deutschen Juristenzeitung. 1907.

v. Hammerstein, Die Wahl der Religion und der Entwurf eines BGB und ein weiterer Aufsatz, beide in „Stimmen aus Maria-Laach, Katholische Blätter". 1890, Heft 6 und 1890 Heft 9 und 10.

Haße, Das Güterrecht der Ehegatten nach römischem Recht. Berlin 1824.

Hauber, Württembergisches Eherecht der Evangelischen. 2. Auflage. Ulm 1876.

Hedemann, Eheliche Treue. In der Deutschen Juristenzeitung 1907.

Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts. Berlin 1833.

Hellwig (A. K.), Anspruch und Klagrecht. Jena 1900.

Hellwig (R. K.), Wesen und Begrenzung der subjektiven Rechtskraft. Leipzig 1901.

Hertius, De Matrimonio putativo. Hall. Magdb. 1747.

Heyer, Abhandlung „Ehe und Eherecht". Im Staatslexikon. Band I. 3. Auflage. Freiburg 1908.

Hinschius Arch., Das Personenrecht der Ehegatten im Entwurf eines BGB für das Deutsche Reich. Im Archiv für die zivilistische Praxis. Band 74.

Hinschius Pr., Das preußische Gesetz über die Beurkundung des Personenstandes und die Form der Eheschließung. Berlin 1874.

Hinschius, Das Reichsgesetz über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung. 4. Auflage. Berlin 1909.

Höinghaus, Das Gesetz über die Beurkundung des Personenstandes und die Form der Eheschließung. Berlin 1874.

Hölder, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch usw., bearbeitet von Hölder u. A. Im Besonderen: Allgemeiner Teil — Hölder, Familienrecht — Schmidt, Hedemann, Fuchs. München 1900, 1907.

Hollweck, Das Zivileherecht des BGB, dargestellt im Lichte des kanonischen Eherechts. Mainz 1900.

Holzschuher, Theorie und Kasuistik des gemeinen Zivilrechts. 3. Auflage. Leipzig 1864.

Hoppe, Kinder aus nichtigen Ehen. Ihre rechtliche Stellung nach dem BGB, verglichen mit früheren und ausländischen Rechten. Heidelberg-Diss. Leipzig 1909.

Hufnagel, Mitteilungen aus der Praxis der württembergischen Zivilgerichte. Tübingen 1846 ff.

Isensee, Das Recht der Wiederverheiratung eines durch ausländisches Urteil beständig von Tisch und Bett getrennten Ehegatten. Im Archiv für bürgerliches Recht. Band 12.

Jakobi, Das persönliche Eherecht des BGB. 2. Auflage. Berlin 1899.

Jakobson, Abhandlung „Ehe" in Weiskes Rechtslexikon. Leipzig 1841.

Jastrow, Das Recht der Frau nach BGB. Berlin 1897.

Johow-Küntzel, Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit und in Strafsachen. Band III. Berlin.

Kant, Kritik der reinen Vernunft. Königsberg 1787.

v. Kemnitz, Die allgemeinen Rechtsgrundlagen des Entwurfs eines BGB usw. Frankfurt 1891.

Kisch, Beiträge zur Urteilslehre. Leipzig 1903.

Kisch G., Unsere Gerichte und ihre Reform. Leipzig 1908.

Klöppel, Das Familien- und Erbrecht des Entwurfs zum bürgerlichen Gesetzbuch. In Gruchot, Beiträge. Band 33.

Knitschky, Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern nach BGB. Berlin 1899.

Knoblauch, Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe. Heidelberg-Diss. 1910.

Knopp, Vollständiges katholisches Eherecht. Regensburg 1850/2.

Knüppel, Rechtliche Stellung der Kinder aus nichtigen Ehen. Tübingen-Diss. 1905.

Kohler, Das Eherecht des BGB, einschließlich das eheliche Güterrecht. Stuttgart 1898.

Kohler Lb. (Josef), Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1906 ff.

Kohler R. (Josef), Das Recht. Frankfurt.

Kohler R. Ph. (Josef), Lehrbuch der Rechtsphilosophie. Berlin-Leipzig 1909.

Kommentar der Reichsgerichtsräte zum BGB. Nürnberg 1910.

Koch, Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten. 5. Auflage. Berlin 1875.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB. Berlin 1901.

Kutschker, Das Eherecht der katholischen Kirche. Wien 1856.

Laband R., Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. 5. Auflage. Tübingen 1911.

Laband D., Deutsches Reichsstaatsrecht. 5. Auflage. Tübingen 1909.

Lang, Rezension der Bergschen Abhandlung. In der Tübinger Theologischen Quartalschrift. 1837, II.

Lang Hb., Handbuch des in Württemberg geltenden Personen-, Familien- und Vormundschaftsrechts. 2. Auflage. Tübingen 1881.

Langheineken, Der Urteilsanspruch. Leipzig 1899.

Laurent, Cours élémentaire de droit civil. Brux. et Paris. 1887 ff.

Lehmkul, Das Bürgerliche Gesetzbuch des Deutschen Reichs. 2./3. Auflage. Freiburg i. B. 1899.

Leonhard A. T., Der allgemeine Teil des BGB. in seinem Einflusse auf die Fortentwicklung der Rechtswissenschaft. Berlin 1900.

Leonhard Arch., Das persönliche Eherecht des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Im Archiv für bürgerliches Recht. Band 10.

Leonhard Eid, Die Eideszuschiebung in Familienprozessen. Marburg 1890.

Leonhard Irrtum, Der Irrtum als Ursache nichtiger Verträge. 2. Auflage. Breslau 1907.

Leske, Vergleichende Darstellung des BGB und der Landesrechte. 1. Das preußische Allgemeine Landrecht — Leske. 2. Der Code Zivil — Förtsch. 3. Das gemeine Recht — v. Buchka.

Lingenberg, Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft. Leipzig-Diss. 1906.

v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 10. Auflage. Berlin 1900.

Luther, D. Martin Luthers Werke. Kritische Gesamtausgabe. Weimar 1883 ff.

Mankiewicz, Die Voraussetzungen der Putativehe in den Rechtsquellen des gemeinen Rechts und nach heutiger Doktrin. Göttingen 1895.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 5. Auflage. 1910.

Matthiaß R., Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft und Scheidung. Im „Recht" 1903.

Marcadé, Explication théorique et pratique du Code Civil. Paris 1873 ff.

Marcadé-Mourlon, Abriß des französischen Zivilrechts. Ins Deutsche übertragen von A. Pfaff. Heidelberg 1865.

Massé et Vergé, Le droit Civil Français par K. S. Zachariae. Paris 1854.

Mayer-Reis, Lehrbuch des Familien- und Erbrechts. 2./3. Auflage. 1900.

K. L. Mayer, Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft. Leipzig-Diss. 1902.

Meisner, Das preußische Allgemeine Landrecht und der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1890.

Mendelssohn-Bartoldy, Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine „Nebengesetze". In Seufferts Blättern für Rechtsanwendung. 1908.

Meurer, Die rechtliche Natur des Tridentiner Matrimonialdekrets. In der Zeitschrift für Kirchenrecht (Dove-Friedberg). Band 22.

Meyer-Anschütz, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts. Leipzig 1905.

Mitteis, Zur Lehre von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte. In Iherings Jahrbüchern für Dogmatik usw. Band 28.

Mitteis D., Zwei Fragen aus dem bürgerlichen Recht. Dekanatsprogramm. Leipzig 1905.

Moszkowski, Der Schutz Dritter gegen die Folgen der Nichtigkeit der Ehe. Leipzig-Diss. 1908.

Mot. Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe. Berlin-Leipzig 1888.

Müller, Einfluß der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit einer Ehe auf Strafrecht und Strafprozeß. In Seufferts Blättern für Rechtsanwendung. 71. Jahrgang.

Nadelhofer, Einfluß familienrechtlicher Verhältnisse auf Erwerb und Verlust der Reichs- und Staatsangehörigkeit. In den Annalen des deutschen Reichs. 1906.

Natorp, Philosophie. Ihr Problem und ihre Probleme. Göttingen 1911.

Neumann, Handausgabe des bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. 5. Auflage. Berlin 1909.

Nöthling, Die Wirkungen der Ehescheidung und der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft. Rostock-Diss. 1904.

Oertmann, Civilistische Rundschau. Im Archiv für bürgerliches Recht. Band 18.

Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch. 8. Auflage. Berlin 1909/10.

Th. Olshausen, Über die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nach BGB. Im Archiv für bürgerliches Recht. Band 23.

Opet, Das Verwandtschaftsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Berlin 1899.

Opet-v. Blume, Das Familienrecht. Berlin 1906.
Opperhoff, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 14. Auflage. Berlin 1901.
Patek, Die Wirkungen der Ehescheidung und die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft. Rostock-Diss. 1902.
Pernice, Rechtsgeschäft und Rechtsordnung. In der Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart (Grünhut), Band 7.
Petersen, Die wesentlichen Formen der Eheschließung und die Folgen ihrer Nichtbeobachtung. In der Zeitschrift für Reichs- und Landesrecht (Hauser) 1897.
Pfizer, Was erwartet Deutschland von dem BGB. In „Deutsche Zeit- und Streitfragen", N. F. 55. Hamburg 1889.
Pfizer D. N., Das Familienrecht nach dem Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. In der deutschen Notariats-Zeitung. 17. Jahrgang. 1888.
Philler, Die Rechtsstellung der Kinder aus nichtigen Ehen nach dem BGB. Berlin 1906.
Philler P., Das preußische Zivil-Ehegesetz. Berlin 1874.
Phillips, Lehrbuch des Kirchenrechts. 3. Auflage. Regensburg 1881.
Pii IX, pontif. max. acta. Romae 1854 ff.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch und Einführungsgesetz. Berlin 1903 ff.
Planck (Fr.), Die rechtliche Stellung der Frau nach dem BGB. 2. Auflage. Göttingen 1899.
Pothier, Oeuvres. Nouvelle édition publ. par Siffrein, Paris. 1821 ff. Band VII.
Proelß, Sera und Raschke, Die Frau im neuen bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1895.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches. Im Auftrage des Reichs-Justizamtes bearbeitet von Achilles, Gebhard und Spahn. Berlin 1897—1899.
Praejudizien — des Geheimen Obertribunals usw. Berlin 1849.
Puchta, Kursus der Institutionen. 10. Auflage. 1893.
Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft. Leipzig 1910.
Rauch, Separatio perpetua und Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft. Berlin-Diss. 1908.
Rauchalles, Das Reichsgesetz über die Bundes- und Staatsangehörigkeit. 1901.
Reatz, Die zweite Lesung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs usw. Berlin 1894—96.
Resemans, De competentia civile in vinculo conjugale infidelium. Romae 1887.
Richter F., Die Rechtsstellung der Kinder aus nichtigen Ehen nach dem BGB. Leipzig-Diss. 1910.
Richter-Dove-Kahl, Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts. 8. Auflage. Leipzig 1886.
Rocholl, Das Eherecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1899.
Rönne-Zorn, Das Staatsrecht der preußischen Monarchie. 5. Auflage. Leipzig 1899.
Roth, Bayrisches Zivilrecht. 2. Auflage. Tübingen 1881—1898.
Sartorius, Der Einfluß des Familienstandes auf die Staatsangehörigkeit nach dem Reichsgesetz vom 1. Juni 1870 in der Fassung des EG. zum BGB. Im Verwaltungs-Archiv. Band 7.
Sarwey, Monatsschrift für die Justizpflege in Württemberg. Band IV. 1840.
Sarwey St., Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg. Tübingen 1883.

Sauer, Das deutsche Eheschließungs- und Ehescheidungsrecht. München-Berlin 1909.
Savigny, System des heutigen römischen Rechts. Berlin 1840ff.
Scherer, Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Erlangen 1900.
v. Scheurl, Noch einige Bemerkungen über das persönliche Eherecht im Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Im Archiv für die zivilistische Praxis. Band 74. 1889.
v. Scheurl G., Das gemeine deutsche Eherecht. Erlangen 1882.
Schilling, Aphorismen zu dem Entwurf eines BGB. Sonderabdruck aus der Kölnischen Volkszeitung. Köln 1888.
Schloßmann, Zur Lehre von der Stellvertretung, insbesondere bei obligatorischen Verträgen. Leipzig 1900—1902.
Schloßmann Z., Zur Lehre vom Zwange. Leipzig 1874.
Schmalzgrueber, Jus ecclesiasticum universum sive Lucubrationes Canonicae. Ingolst. et Diling. 1728.
Schmidt, Vorlesungen über das im Königreich Sachsen geltende Privatrecht.
Schönermarck, Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe. Leipzig-Diss. 1910.
Schott, Einleitung in das Eherecht. Nürnberg 1786.
Schulte, Handbuch des katholischen Eherechts. Gießen 1855.
Schulze, Das preußische Staatsrecht. 2. Auflage. Leipzig 1888.
Schweppe, Das römische Privatrecht in seiner heutigen Anwendung. Göttingen 1832.
Seckel, Die Aufhebung und die Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft nach dem BGB. In der Berliner Festgabe für Dernburg. Berlin 1900.
Sehling, Zum Montignoso-Fall. Im Recht. 1905.
Seufferts Archiv. Band I und XIX.
Seufferts Blätter für Rechtsanwendung. Band 53.
Seydel, Bayrisches Staatsrecht. Freiburg-Leipzig. 1896.
Seydel Ann., Die deutsche Reichs- und Staatsangehörigkeit. Rechtswissenschaftlich dargestellt. In Annalen des deutschen Reichs für Gesetzgebung, Verwaltung und Statistik. 1876.
Sicherer, Personenstand und Eheschließung in Deutschland. Erlangen 1879.
Siebenhaar C., Kommentar zu dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Königreich Sachsen. 2. Auflage. Leipzig 1869.
Siebenhaar L., Lehrbuch des sächsischen Privatrechts. Leipzig 1872.
Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht. Leipzig 1868ff.
Sirey, Recueil général des lois et des arrêts. Paris. 1850ff.
Sohm, Institutionen. Verschiedene Auflagen.
Sohm K. d. G., Bürgerliches Recht. In Hinnebergs „Kultur der Gegenwart", Teil II, Abteilung 8: Systematische Rechtswissenschaft.
Spahn, Eherecht. In „Zur Kritik des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich". Frankfurt a. M. 1890.
Stammler W. u. R., Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung. 2. Auflage. 1906. Halle a. S.
Stammler R. R., Die Lehre von dem richtigen Rechte. Berlin 1902.
Stammler K. d. G., Wesen des Rechts und der Rechtswissenschaft. In Hinnebergs „Kultur der Gegenwart", Teil II, Abteilung 8: Systematische Rechtswissenschaft.

Stammler Th., Theorie der Rechtswissenschaft. Halle a. S. 1911.
Staudinger-Engelmann, Familienrecht. 5./6. Auflage. München-Berlin. 1910.
Stein, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 10. Auflage. Tübingen 1910 ff., z. T. noch 8./9. Auflage.
Stölzel, Deutsches Eheschließungsrecht. 4. Auflage Berlin 1904.
Stölzel J.M.Bl., Das Recht der väterlichen Gewalt in Preußen. Im Justiz-Ministerialblatt. 1874. S. 128 ff.
Stolterfoth, Beiträge zur Beurteilung des Entwurfs. Leipzig 1890.
Striethorst, Archiv. Band 22, 43, 45.
Süskind, und Werner. Handbuch der württembergischen Ehegesetze.
Süßheim, Das Namensrecht von Frau und Kind im BGB. In Gruchots Beiträgen usw. Band 43.
Sydow-Busch, Civilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz. 10. Auflage. Berlin 1905.
Thiesing, Die Wirkung nichtiger Ehen. München 1907.
Thiesing, P., Abhandlung „Ehehindernisse" in Poseners Rechtslexikon. Berlin 1909.
v. Thur, Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts. Band 1. Leipzig 1910.
Toop, Ehescheidung und Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft. Jena-Diss. 1908.
Töpffer, Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft. Leipzig-Diss. 1903.
Türke — Niedenführ — Winter, Das Bürgerliche Recht. II. Auflage. Berlin 1904.
Unger, Handbuch des im Herzogtum Sachsen-Meiningen geltenden partikularen Privatrechts. Hildburghausen. 1889—1898.
Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. Marburg. 6. Auflage. 1851 ff.
Verhandlungen des 20. deutschen Juristentages. Band IV.
Völk, Das Reichsgesetz über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung. Nördlingen 1875.
Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch. Berlin 1909.
Wahrmund, Ehe und Eherecht. Leipzig. 1906.
Walter, Das Recht der Ehescheidung nach BGB. München-Diss. 1897.
Walter K, Lehrbuch des Kirchenrechts. Bonn 1871.
Weber, Die Wirkung nichtiger Ehen. Erlangen-Diss. 1909 Leipzig.
Wendt, Lehrbuch der Pandekten. Jena 1888.
Wetzel, Die Verweigerung der ehelichen Gemeinschaft. Im Archiv für bürgerliches Recht. Band 26.
Weyl, Das Wahlrecht der Ehegatten bei Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe. In Seufferts Blättern für Rechtsanwendung Band 72.
Wieruszowski, Handbuch des Eherechts u.s.w. Düsseldorf. 1900 ff.
Windscheid U, Zur Lehre des Code Napoléon über die Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte. Düsseldorf 1847.
Windscheid P., Lehrbuch des Pandektenrechtes. 6. Auflage. Frankfurt a. M. 1887.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechtes. 9. Auflage. Frankfurt a. M. 1906.
Winter, Die Rechtsverhältnisse zwischen Kindern aus einer nichtigen Ehe und ihren Eltern nach BGB. Jena-Diss. 1909.
Zachariae-Crome, Handbuch des französischen Zivilrechts. 8. Auflage. Freiburg. 1894/5.

Z. Ae. B., Zusammenstellung der Äußerungen der Bundesregierungen zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1891.

Zitelmann, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Leipzig 1900.

Zitelmann F., Zum Recht der Eheanfechtung. In der Ernst Becker zum 16. 8. 1907 überreichten Festschrift. Weimar 1907.

Zitelmann Rg., Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines BGB. In Bekker und Fischers Beiträgen. Heft 7/8.

Zorn, Artikel: „Reichs- und Staatsangehörigkeit" im Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts (Stengel) Freiburg 1890.

Zorn R., Die deutsche Reichsverfassung. Leipzig 1907.

Żródlowski, Kodifikationsfragen und Kritik des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Prag 1888.

Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs; gefertigt im Reichsjustizamt. Berlin 1890/1.

Die Schrift von Dr. Richard Horn: Die Rechtsstellung der Putativkinder. Eine rechtshistorisch-dogmatische Studie. Mannheim-Leipzig 1912, ging mir erst während der Drucklegung zu und konnte daher nicht ganz berücksichtigt werden. In den grundlegenden Fragen weicht Horn nicht von der herrschenden Meinung ab.

Der Begriff der Ehe nach heutigem Recht

Der Begriff der Ehe nach heutigem deutschen Recht

Was ist eine Ehe? — Es liegt uns fern, hier in eine sozialphilosophische Erörterung einzutreten — für uns kommt es nur darauf an: was versteht unser heutiges Recht unter einer „Ehe" und dementsprechend unter „Ehegatten", „eheliches Kind", „Verheiratung" usw.? Durch welche Merkmale grenzt unser Recht die Ehe ab von ähnlichen Verhältnissen, und wo laufen die Grenzen? — Es ist dies keine müßige Wortspalterei — den so außerordentlich mannigfaltigen Erscheinungen des Lebens hat sich das Recht soweit angepaßt, daß die Verschiedenheiten in der Regelung dieser Verhältnisse sehr zahlreich sind. Zwar im Gesetzbuche selbst (in dem allein das Wort Ehe 184 mal vorkommt) ist es noch in den meisten Fällen möglich, ohne weiteres oder durch sichere Beweise festzustellen, was gerade in diesem Falle für eine Regelung gemeint sei — immerhin ist es auch hier schon manchmal nicht unbestritten —; sobald man aber sich hinauswagt in das Gebiet der anderen Reichsgesetze, wird man — von wenigen Ausnahmen abgesehen — immer die Worte Ehe usw. ohne jeden Zusatz finden, auch aus dem Zusammenhange usw. wird in den seltensten Fällen Klarheit zu erhalten sein, welches der im BGB. geregelten Rechtsinstitute gerade hier gemeint sei. Dabei gibt es, bei der hervorragenden Bedeutung, die gerade die Ehe und die ihr entspringenden Folgen auf unser gesamtes Rechtsleben haben, kaum ein bedeutendes Reichsgesetz, in dem nicht diese Worte vorkämen, — immer wieder taucht hier die Frage auf: fällt dieses oder jenes Verhältnis unter den Begriff der Ehe usw. und muß daher die hier für Ehe usw. vorgeschriebene Rechtsregel angewendet werden oder nicht?

Solche Zweifel, ob eine Ehe usw. vorliegt oder nicht, können naturgemäß an zwei Punkten eintreten, bei Entstehung und bei Auflösung einer Ehe. Wir werden daher die beiden Fragen zu untersuchen haben:

1. Wann ist eine Ehe entstanden?
2. Wann hat eine Ehe aufgehört, Ehe zu sein?

Das BGB. ist kein freierfundenes Gesetzbuch, kein „Vernunftsrecht", sondern es baut auf der bisherigen Entwicklung auf; ja wir werden sehen, daß in ihm selbst gerade auf unserem Gebiete, dem Begriff der Ehe, ein Stück Entwicklung steckt, daß sie sich nicht nur in seiner Vorgeschichte zeigt, sondern auch noch in unserem Gesetzbuche selbst zu finden ist, unausgetragen und nicht zugunsten einer übersichtlichen Klarheit.

Wenn wir nun auch den Begriff nur in ordnender Durchdenkung des geltenden Rechtes finden können, so kann uns doch bei dieser Sachlage ein Blick über die Vorläufer des BGB. und über die Entstehung unserer einschlägigen Bestimmungen wohl zustatten kommen.

I. Hauptteil

Wann ist eine Ehe zustande gekommen?

Vorbemerkung:

„Zwar als Hilfsmittel der Orientierung wird man die Geschichte .... nicht missen wollen. Denn alle geschichtliche Entwicklung ... muß .... den Zusammenhang der Probleme doch im Großen ihres Ganges erkennen lassen. Aber um dem System diesen Dienst zu leisten, bedurfte die Geschichte selbst schon der Leitung des Systems; nicht aber wäre es möglich, dieses aus der Geschichte ursprünglich zu schöpfen oder durch sie zu rechtfertigen." (Natorp, Philosophie 27.)

Bevor wir also unseren geschichtlichen Überblick beginnen, ist uns eine kurze systematische Orientierung als „Richtsteig" vonnöten [1].

Systematische Einführung

Wann ist eine Ehe entstanden? Die allgemeinste Antwort ist natürlich: sobald alle Tatsachen vorliegen, an deren Vorhandensein die Rechtsordnung die bestimmten Rechtsfolgen knüpft.

Allgemein wird die Eheschließung als ein Vertrag, die Ehe als ein Vertragsverhältnis angesehen [2]; daher würden uns die einschlägigen Regeln des Vertragsrechts auch anzugeben haben, wann eine Ehe ent-

---

[1] Siehe auch Stammler W. und R. 375: „Dieses Verhältnis von genetischer Frage und systematischer Betrachtung ist überall festzuhalten und durchzuführen: alle ... geschichtliche Forschung ist nicht nur dem Verfahren nach analytisch, indem sie von der Erkenntnis des Bestehenden in die Vergangenheit zurückgeht; sondern sie setzt auch für die Würdigung ihrer Ergebnisse das Richtmaß eines systematisch begründeten Urteils voraus." Vgl. auch von demselben Verfasser R.R. 610, K. d. G. 502 und Th 39. 40.

[2] Wahrmund 109: „wie immer man auch sonst über das Wesen der Ehe denken mag, darüber sind alle einig, daß sie durch Vertrag zustande kommt". — Und so unzählige Schriftsteller, die die Ehe bald als Rechtsgeschäft, bald als Vertrag bezeichnen.

standen sei und wann nicht. Aber so einfach liegt es nicht. — Daß die Ehe rein als Vertrag angesehen wurde, ließe sich nur für gewisse Zeiten des römischen Rechts, sowie für das kanonische Recht vor dem tridentinischen Konzil behaupten; auch hier ist es nicht unbestritten, denn der bekannte römische Satz „consensus facit nuptias", auf den man sich zur Begründung dieser Ansicht zu berufen pflegt, wollte über diesen Punkt gar nichts aussagen, sondern nur erklären, daß es nicht heißen dürfe „concubitus facit nuptias"; auch muß im kanonischen Recht die Sakramentsnatur der Ehe in Betracht gezogen werden —. Heute taucht die Idee der Behandlung der Ehe als reines Rechtsgeschäft nur noch als Wunsch für die Zukunft auf. (Wahrmund 110 ff.) Aber seit Jahrhunderten herrscht die Rechtsansicht, daß die Ehe zwar — natürlich — auf dem übereinstimmenden Willen der Verlobten beruht (abgesehen von den Zwangskopulationen[3] des protestantischen Eherechts und von der Zeit, als die Übereinstimmung nicht der beiden Verlobten, sondern des Bräutigams und des Muntwalts der Braut erforderlich war), — mag man dieses nun einen Vertrag nennen oder nicht —, daß sie aber von der Rechtsordnung nur anerkannt wird, wenn (abgesehen von dem Fehlen materieller Hindernisse) bestimmte Formalakte vorgenommen sind[4].

Von dem Gewichte, das man diesen beiden Momenten, Vertrag und Formalakt, beimißt, wird die Anschauung vom Begriffe der Ehe abhängen. Man kann das Vertragsmoment betonen; dann sind die Formerfordernisse nur ein Mehr zu den Erfordernissen eines Vertrages[5], alle Regelungen, die von den üblichen Regeln über Verträge abweichen, sind, „singuläre Erscheinungen", „als positive Ausnahmen zu bewerten" (Thiesing 12) und es ist, soweit eine solche Ausnahmeregelung nicht vorliegt, natürlich nach den allgemeinen Regeln über Verträge zu verfahren.

Betont man aber das Formalaktsmoment, so ist die gegenseitige Zustimmung der Brautleute nur ein Tatbestandsmerkmal unter anderen, ein Merkmal, dem zwar sachlich das Hauptgewicht beizulegen ist, dem aber in formaler Hinsicht die anderen Merkmale durchaus gleichbe-

---

[3] Richter-Dove-Kahl 1198/99.

[4] So sagt Thiesing 18 mit Recht: . . . daß es sich bei der Eingehung der Ehe um eine Rechtsform handelt, die um ihrer selbst willen Bedeutung hat.

[5] Sehr bezeichnend Kisch (G. 7): „Er (der Staat) vermittelt den Abschluß zahlreicher Geschäfte, indem er Verträge der Parteien entgegennimmt oder bestätigt. So wirkt der Standesbeamte mit bei Abschluß der Ehe . . . ."

rechtigt zur Seite stehen —, daß die Rechtsverhältnisse und Folgen dieses Formalaktes ihre eigene Regelung erfahren, die den ähnlichen Verhältnissen und Zuständen bei Verträgen nicht immer entspricht, wird von diesem Standpunkte aus als natürliche Folge eines selbständigen Rechtsinstituts und nicht als singuläre Ausnahme von der bei Verträgen üblichen Regelung erscheinen. Fälle, die keine eigene Regelung erfahren haben, werden — von diesem Standtpunkte aus — nach den Grundgedanken dieses Rechtsinstituts, die man für sich erforschen muß, zu regeln sein, nicht aber nach den entsprechenden Regeln für Verträge.

Es ist also, wie wir sehen, möglich, dem Begriff der Ehe von zwei durchaus verschiedenen Seiten näher zu treten; praktische Folgen für die Abgrenzung dieses Begriffs wird die Verschiedenheit namentlich — wie wir noch sehen werden — bei der Frage der sogenannten Nichtigkeit der Ehe haben.

Diese beiden Grundanschauungen vom rechtlichen Wesen der Ehe werden wir immer im Auge behalten müssen, wenn wir nunmehr in die geschichtliche Untersuchung eintreten.

I. Geschichtliche Untersuchung

A. Aus der Vorgeschichte des BGB.

1. Das römische Recht

Im römischen Rechte mit seinen vielfachen, wechselnden und unbestimmten Eheschließungsformen, bei jeglichem Mangel einer juristischen Begriffsbestimmung der Ehe — die berühmte sog. Begriffsbestimmung Dig. 23. 2. 1. (ähnlich § 1 Inst. 1, 9.) ist keine formale Begriffsbestimmung, sondern ein sachliches Ideal — kann man für unsere Frage nichts Erhebliches finden.

Die Willenseinigung der Beteiligten war in jedem Falle erforderlich, und das Vertragsmoment in diesem Sinne kam so zur Geltung.

Andererseits kann man wohl sagen, daß das Formalaktsmoment nur bei den zivilen Ehen von erheblicher Bedeutung war.

Aber wenigstens für untergeordnete Fragen, die unser Gebiet berühren, bietet uns das römische Recht einige Grundlagen, die für die Entstehung späterer Bestimmungen von Bedeutung sind. Es zeigt sich nämlich, daß in einigen Fällen, in denen die Wirkungen einer Ehe, bezw.

einer Zivilehe eigentlich hätten versagt werden müssen, aus verschiedenen Gründen Ausnahmen gemacht werden. Diese Gründe sind für uns insofern von Bedeutung, als sie alle später in Gesetz und Rechtslehre wiederkehren.

So ist der bei weitem häufigste Grund einer solchen Ausnahme, der gute Glauben (entsprechend der allgemeinen — allerdings zu allgemeinen — Regel des Paulus fr. 136 D. 50. 17 „Bona fides tantundem possidenti praestat, quantum veritas, quotiens lex impedimento non est") des einen Gatten an die Gültigkeit der Ehe, ein Grund, der auch später noch eine so überwiegend inhaltlich wichtige Stellung sich bewahrte, daß er fast als die einzige Möglichkeit erschien, von der — wie man meinte — folgerechten Regelung der Ehenichtigkeit abzuweichen, daß man daher auch diese Abweichungen lediglich unter diesem Gesichtspunkte zu ordnen suchte und so das ganze Institut als Putativehe bezeichnete.

So ist die bona fides der Grund, daß wegen Rechtsirrtums der Frau den Kindern aus einer Ehe, die wegen zu naher Verwandtschaft der Eltern ungültig war, die Ehelichkeit durch kaiserliches Reskript zugesprochen wird (l. 57. § 1 D. 23, 2).

Aus dem gleichen Grunde gibt Ulpian (l. 22. § 13 D. 24, 3) der Frau das privilegium exigendi für ihren Anspruch auf Rückgabe der Gegenstände, die als dos gegeben waren, weil sie ihren Mann, einen Sklaven, für einen Freien gehalten hatte[6].

Deshalb verfallen auch die donatio ante nuptias und die sonstigen Zuwendungen nicht, wie sonst bei gesetzwidrig geschlossenen Ehen, dem Fiskus, wenn Mann oder Frau „errore acerrimo non affectato insimulatove neque ex vili causa decepti sunt". (1. 4. C. 5, 5.).

Endlich wären hier noch die Fälle zu zählen, daß die Folgen einer zivilen Ehe[7] auch dann eintreten, wenn ein civis Romanus bezw. eine civis Romana eine Person geheiratet hatte, die nicht das jus connubii genoß, „cum eam (eum) civem Romanam (Romanum) esse crederet";

---

[6] Allerdings gibt Ulpian (l. 1. §§ 3. 4. D. 41, 9) im Anschluß an Cassius dem bei nichtiger Ehe gutgläubigem Manne nicht die usucapio pro dote »neque enim dos sine matrimonio esse potest« (1. 3. D. 23, 3).

[7] Das sog. justum matrimonium; siehe hierüber Ulpian fragm. V:

2. justum matrimonium est, si inter eos qui nuptias contrahunt connubium sit . . .
3. connubium est uxoris jure ducendae facultas.
4. connubium habent cives Romani cum civibus Romanis; cum Latinis autem et peregrinis ita si concessum sit.
5. cum servis nullum est connubium.

in diesem Falle war noch nötig „causam erroris probare". (Gaius 1 §§ 67—72 und Ulpian fragm. VII. 4.).

Neben dem guten Glauben finden wir dann noch l. 57. § 1. D. 23, 2 (s. o.) als Gründe „temporis diuturnitas" (ähnlich BGB. § 1324 II.) und „nummerus liberorum" (auch später hat die Rücksicht auf die Kinder eine erhebliche Rolle in der Rechtslehre und auch in Gesetzen, so A.L.R. Teil II Tit. II §§ 50 ff. gespielt). Die Gründe werden übrigens neben dem guten Glauben als durchaus von gleicher Wichtigkeit angeführt: „cum haec omnia in unum concurrunt."

Schließlich wäre hier noch zu erwähnen, daß wir schon dem römischen Rechte die Unklarheit über den Begriff nullus = nichtig verdanken, die später noch so viel Unheil anrichten sollte (siehe Bekker G. u. M. 232 und Leonhard A.T. 429).

2. Das kanonische Recht

Nach kanonischem Recht ist das Eherecht Kirchenrecht[8] und zwar — wenigstens für die Christen (siehe Friedberg § 138 besonders Anm. 10) — nur Kirchenrecht und damit öffentliches Recht.

Daher ist auch naheliegend, daß im allgemeinen hier mehr das Formalaktsmoment als wesentlich betont wird; und zwar tritt dieser Gedanke in der Form auf, daß die Ehe zum Sakrament erklärt wird und die aus ihrer Formalaktsnatur sich ergebenden Folgerungen als Wirkung seiner Eigenschaft dargestellt werden.

Bemerkenswert ist übrigens, daß endgültig erst mit dem tridentinischen Konzil[9] die volle Sakramentsnatur festgestellt wurde, während diese Eigenschaft der Ehe vorher, wenn nicht bestritten, so doch auch nicht allseitig im vollen Maße zuerkannt wurde[10].

Aber auch nach dem Tridentinum setzt sich der Streit zwischen Formalakts- und der Vertragsnatur der Ehe fort, und zwar als Streit über

---

[8] Ursprünglich erkennt die Kirche das staatliche römische Recht an und sucht es nur umzugestalten. Nachdem sie dann im Laufe der Zeit die ausschließliche Ehegerichtsbarkeit erlangt hat, bildet sie geschichtlich auf Grundlage des römischen Rechtes ihr eigenes System aus. Friedberg § 153.

[9] Sessio XXIV de Sacr. matr. 1. »Si quis diceret, matrimonium non esse vere et proprium unum ex septem legis evangelicae sacramentis a Christo Domino institutum sed ab hominibus in ecclesiae inventum neque gratiam conferre: anathema sit«. So jetzt auch Pii IX Acta I 392/93.

[10] Siehe Friedberg 358 Anm. 2 und die dort zitierten Abälardus und Durandi; dieser spricht es am klarsten aus: »matrimonium non est sacramentum stricte et proprie dictum, sicut alia sacramenta novae leges . . . sed largo modo sacramentum«.

minister und materia dieses Sakraments. Während einige — im allgemeinen französische Schriftsteller, unter Betonung der Formalaktsnatur, als minister den Priester und als materia die benedictio sacramentalis bezeichnen[11], vertritt die bei weitem herrschende Meinung[12] die Ansicht, daß minister die Ehegatten sind und materia ihr gegenseitiges Dahingeben — nach einigen (siehe Friedberg 359 Anm. 12 und § 159) die copula carnalis[13] — ist; diese Neigung zur Betonung der Vertragsnatur wird besonders stark noch dadurch unterstrichen, daß auch die assistentia passiva des Parochus genügen soll. In neuerer Zeit kommt aber wieder die entgegengesetzte Richtung zur Geltung durch das Dekretum „ne temere" vom 2. August 1907, das bestimmt, daß der Pfarrer, wie es das BGB. § 1317 für den Standesbeamten vorschreibt, zur Mitwirkung bereit sein muß. Erst dadurch wird der Eheabschluß, wenn auch die Einigung seine Grundlage bildet — zu einem, wie in seinen Folgen, so auch in seiner Entstehung von der Parteiwillkür unabhängigen Formalakt. Doch gehört die ganze letztere Entwicklung der Zeit nach schon in das gemeine deutsche Recht.

Das corpus juris canonici kennt keine bestimmte Eheschließungsform. Dazu kommt, daß sich noch keine klare Lehrmeinung über die Stellung der nichtigen Ehe entwickelt hat, daß namentlich nicht geklärt ist, in welchem Sinne hier das „nullus" zu verstehen ist, das man von den Römern übernahm, die ja (s. o.) selbst mit diesem Ausdruck durchaus nicht peinlich verfuhren. Man kann wohl annehmen, daß es der ganzen Anschauung des kanonischen Rechts entsprach, die nichtige Ehe bis zum Nullitätsurteil als richtige Ehe zu betrachten, also das „nichtig" nicht im Sinne von „nicht vorhanden" zu nehmen. Dafür spricht auch, daß die Verpflichtung zu ehelicher Gemeinschaft bis zur Nichtigkeitserklärung ausgesprochen wird, auch wenn dem Gatten der Nichtigkeitsgrund bekannt ist, ja selbst, nachdem schon die accusatio matrimonii er-

---

[11] So nach Friedberg § 138 Anm. 5. Andere bezeichnen als materia den in Gemäßheit des staatlichen Eherechts geschlossenen Ehevertrag (Richter-Dove-Kahl 1046); siehe endlich auch Lang 334 „ob in der Erklärung der Nupterienten, in dem Konsens, ob in der Person derselben, ob in dem Vertrag, ob in der quasitraditio, ob in der Benediktion, ob endlich in der Verbindung selbst".

[12] Pii IX. Acta I 393 »a conjugali foedere Sacramentum separari nunquam posse«, Benedict XIV siehe Kutschker I 25 und die dort 25 ff. zitierten, Phillips § 253, und die reiche Literatur in Anm. 11 u. 12 dort.

[13] Die letzte Lehre wird jetzt darauf beschränkt, daß die Unauflöslichkeit der Ehe erst von der copula carnalis an gelte.

folgt ist (cap. 2 X 2, 16). Damit steht auch in Zusammenhang die noch durchaus mangelhafte Unterscheidung von Nichtigkeitserklärung und Scheidung (Trennung von Bett und Tisch), die beide gemeinsam als divortium behandelt werden.

Die als Ehe rechtlich „nicht vorhandenen" Verhältnisse hat das kanonische Recht nicht als „nichtige Ehen" betrachtet. Da der gute Glaube, den es fordert, im allgemeinen irgend eine kirchliche Formhandlung voraussetzte — eine bestimmte Form gab es ja vor dem Tridentinum nicht — und andererseits ein Mitwirken der Kirche Beweismittel für den guten Glauben war, so liegt uns kein Fall vor, wo guter Glaube, aber keine Mitwirkung der Kirche nachgewiesen wäre. Daher haben wir auch kein Entscheidung, ob bei einer derartigen „nicht vorhandenen" Ehe der gute Glaube genügt hätte, um die vorübergehenden und dauernden Ehewirkungen der sog. Putativehe hervorzurufen[14]. Die vorhandenen Entscheidungen über die Putativehen sind diese:

Die Kinder sind legitim:

I. bei einer — aus welchem Grunde ist nicht bekannt — nichtigen Ehe, die „publice et sine contradictione ecclesiae" geschlossen ist (cap. 2 X 4, 17.). Hier ist also nur die Mitwirkung der Kirche, nicht aber der gute Glaube eines der Ehegatten erwähnt; doch wird sich hieraus nicht ableiten lassen, daß das kanonische Recht auch andere Gründe als den guten Glauben kannte. Vielmehr war dieser sicher damals der einzig anerkannte Grund der sog. „Putativehe" — allerdings stammt die Bezeichnung als matrimonium putativum nicht selbst aus den Quellen.

Man wird mit Thiesing 25 auch in diesem Falle annehmen können, daß der gute Glaube vorlag, und zwar, daß er eben wegen der erwähnten Öffentlichkeit der Eheschließung und Mitwirkung der Kirche angenommen wurde. (Thiesing meint sogar, daß er schon an sich angenommen werde, dsgl. Sehling 179.)

II. bei einer „auctoritate praedicti episcopi sine quaestione et contradictione ecclesiae" geschlossenen Ehe, auch, falls die angeordnete Untersuchung die Nichtigkeit der Ehe wegen Doppelheirat ergeben sollte. (cap. 8 X 4, 17). Hier ist der gute Glaube der Mutter nicht nur wegen der Mitwirkung der Kirche zu vermuten, sondern er ergibt sich unwiderleglich daraus, daß der Bischof die erste Ehe, wegen langjähriger Ver-

[14] Sehling 179: Ich kann die Frage nicht als endgültig entschieden betrachten.

schollenheit des Mannes für aufgelöst erklärt hatte. Daß diese zweite Ehe trotzdem nachher für nichtig erklärt wurde, lag daran, daß nach dem eigenartigen Grundsatze des kanonischen Rechtes die Eheurteile niemals Rechtskraft erlangen, der Satz „res judicata pro veritate accipitur" gilt in Ehesachen nicht (cap. 7 X 2, 27). Daher hatte der Papst, der den Tod des Mannes für noch nicht erwiesen hielt, eine neue Untersuchung angeordnet;

III. bei einer wegen Doppelheirat nichtigen Ehe, die facie ecclesiae bei gutem Glauben der Mutter geschlossen war (cap. 14 X 4, 17);

IV. bei einer wegen zu naher Verwandtschaft nichtigen Ehe, bei der guter Glauben vorhanden war, weil zur Zeit der Eheschließung die Verlobten noch Heiden waren und daher nicht die Ehehindernisse der christlichen Kirche kennen konnten. Eine Mitwirkung der Kirche konnte unter diesen Umständen nicht in Betracht kommen; eine, „rechtlich nicht vorhandene" Ehe lag aber dennoch nicht vor, denn es wird ausdrücklich betont, daß die Ehe seinerzeit „matrimoniali affectu" eingegangen sei.

V. Hier liegt der einzige Fall vor — abgesehen von dem soeben erwähnten Ausnahmefall —, daß wirklich eine Ehe ohne jede kirchliche Mitwirkung oder Förmlichkeit da ist. Sie gilt als rechtlich nicht vorhanden, d. h. ihr werden die Wirkungen der Putativehe versagt. Da aber auch der gute Glaube fehlt, so läßt auch diese Entscheidung nicht erkennen, ob der Mangel jeglicher Förmlichkeit von entscheidender Bedeutung gewesen ist (cap. 10 X 2, 27).

3. Protestantisches Eherecht

Das protestantische Eherecht gleicht im allgemeinen in den hier behandelten Fragen dem katholischen. Es wäre nur zu erwähnen, daß man die Bestimmung nicht aufnahm, daß die Urteile in Ehesachen nie rechtskräftig werden. Da man — mit Unrecht, wie v. Scheurl S. 355/56 nachweist — diese Bestimmung als Ausfluß der Lehre von der Sakramentalität der Ehe auffaßte, verwarf man mit dieser auch jene.

Dieser Schritt über das kanonische Recht hinaus ist dadurch praktisch geworden, daß ihm die Gesetzgebung, so die des Reiches in der alten wie der neuen Zivilprozeßordnung folgte.

4. Das gemeine Recht

Auf den Grundlagen des römisch-kanonischen Rechtes baut das gemeine Recht in Lehre und Rechtsprechung auf. Ältere Schriftsteller wie

Vangerow (I 439) Windscheid P. (§ 489) und Arndts (620) halten daran fest, daß das sog. reine Familienrecht (das Familienrecht ohne Familiengüterrecht) in das öffentliche Recht gehöre, und daher im Privatrecht, den Pandekten, nicht zu behandeln sei. Aber da die Behandlung des Familiengüterrechts das reine Familienrecht notwendig voraussetzt, so erobert sich das römisch-kanonische Familienrecht seinen Platz im Systeme der Pandekten [15]. Damit wird aber auch endgültig festgelegt, was schon das kanonische Recht nicht hatte verhindern können, daß die Ehe wesentlich als Vertrag, als Privatrechtsinstitut, behandelt wird [16]. Wie schon das römische Recht mit seinem gefährlich-unklaren Gebrauch des Wortes „nullus" von einem „nullum matrimonium" gesprochen hatte, und wie das kanonische Recht dies Institut ausgebaut hatte, so wird jetzt die Lehre von der Nichtigkeit der Ehe ganz in die von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte, der Verträge, eingeordnet; wo das Schema nicht paßt, werden unbekümmert um die Folgerichtigkeit der Lehre Ausnahmen über Ausnahmen gemacht; auch bleibt noch für erhebliche Streitfragen Raum, so daß uns das gemeine Recht folgendes Bild bietet:

Vorerst: „nichtig" bedeutet nach herrschender Lehre des gemeinen Rechts „rechtlich nicht vorhanden".

Das gemeine Recht kennt nun

I. die gültige Ehe, die allen gesetzlichen Formvorschriften genügt und gegen kein trennendes Hindernis verstößt;

II. das eheähnliche Verhältnis, bei dem ein erheblicher Mangel vorliegt — es ist rechtlich kein Vertrag, keine Ehe, und wird daher nach dem etwas ungenauen Sprachgebrauche „nichtige Ehe" genannt. Hierher gehört dann auch die anfechtbare und angefochtene Ehe; sie ist in einem Zustande schwebender Gültigkeit, der mit Verlust des Anfechtungsrechts sie zu einer von Anfang an gültigen, im Falle durchdringender Anfechtung zu einer von Anfang an nichtigen Ehe macht.

---

[15] Bezeichnend für diese Anschauung ist Dernburg P. Bd. 3 § 7 Anm. 1.

[16] Infolgedessen lag es auch nahe, die Ehe ähnlich wie die Verträge des Schuldrechts zu behandeln, da diese ja die bekannteste Vertragsart sind, und die Regeln über Verträge im wesentlichen nur für sie geschaffen wurden. Diese Gefahr bemerkt schon Schweppe (§ 674 Anm. 2), wenn er betont: Die Ehe ist zwar ein Vertrag, „denn es gehört Übereinkunft des Willens dazu. Damit wird aber keineswegs gesagt, es sei ein obligatorischer Vertrag."

Einer Anzahl dieser „nichtigen Ehen" wird nun propter aequitatem eine ganze Reihe von Wirkungen beigelegt, die sonst nur der Ehe zukommen, so daß jetzt der Begriff „nichtige Ehe" zwei grundverschiedene Inhalte deckt[17], nämlich:

a) matrimonium non existens, Nichtehe, die „nichtige" Ehe im Sinne des „nichtigen Rechtsgeschäfts";

b) matrimonum nullum, auch putativum genannt, die „nichtige Ehe" im e. S., Putativehe. Dieses Institut kommt in Betracht, wenn bei einer nichtigen Ehe wenigstens ein Gatte im guten Glauben war, also über den Nichtigkeitsgrund sich im Irrtum befand. Aber dieser Irrtum muß entschuldbar sein, was zum Beispiel nicht der Fall ist, wenn die Verlobten selbst die Gelegenheit, das Hindernis aufzudecken, gemieden und die Ehe unter Vernachlässigung des Aufgebots geschlossen hatten, welches vom 4. Laterankonzil als Rechtspflicht eingeführt war (cap. 3 § 1 X 4, 3).

Bestritten ist die Behandlung des Rechtsirrtums. Nach allgemeiner Regel müßte er unbeachtlich sein. Aber man hat, wie ja auch schon einige Fälle des kanonischen Rechtes zeigen, sich nicht gescheut, hier, wie an so manchen Stellen, dem inhaltlich richtigen Ergebnisse die äußerliche Folgerichtigkeit der Lehre zu opfern; dadurch entging man der großen Gefahr, infolge einer falschen Voraussetzung unbillige Ergebnisse zu erhalten[18]. Bestritten ist ferner der Zeitpunkt, an dem der gute Glaube vorliegen muß, d. h. ob er bei Eingehung der Ehe seine Wirkungen nur bis zur mala fides superveniens oder auch bis zum Nichtigkeitserkenntnis hervorbringt. Sicher ist nur, daß für die Rechte der Kinder der Augenblick der Empfängnis, nicht der Geburt, in Betracht kommt.

v. Scheurl (G. § 68 S. 375) und Frick S. 262 ff., besonders 269 wollen mit dem Wegfall der Gutgläubigkeit auch die Wirkungen des

---

[17] Dies erkennen schon Süskind und Werner I § 266 „der große Unterschied zwischen einer nichtigen und einer putativen Ehe muß gehörig beachtet werden. Eine nichtige Ehe ist gar keine Ehe; ... die putative Ehe aber ist vorderhand eine wirkliche Ehe, sie wird aber nach entdeckter Illegalität reszindiert, getrennt und ungültig gemacht, die nichtige dagegen als nichtig erklärt". So auch Frick 284 Anm.

[18] l. 8. 9. D. 22, 6 und l. 10. 11. C. 1, 18. Erlaß des königlichen Obertribunals zu Stuttgart vom 20. September 1832 (Sarwey IV 77). Hertius § 17 (jedoch nur: si talis error juris valde probabilis et justus fuisset). Frick (270) will zwar in besonderen Fällen Ausnahmen zulassen, jedoch im allgemeinen an der Rechtsregel, daß der Irrtum schade, festhalten.

guten Glaubens entfallen lassen. Anderer Ansicht sind Fischer Jg. XXIX, 253, Thiesing 28—30, vermutlich auch Richter-Dove-Kahl 1167, Philipps § 299 (siehe auch die Entscheidungen in Seufferts Arch. I 236; XIX 157). Fischer stützt sich dabei auf c. 3 Comp. II de cogn. spiritual. 4, 6. Da diese Stelle (eine Entscheidung Coelestins III.) nicht in den Dekretalen Gregors IX. steht, ist ihre gesetzliche Kraft zwar zweifelhaft; immerhin steht sie mit den Dekretalstellen nicht im Widerspruch. Thiesing weist auf den Unterschied zwischen dem bösgläubigen Abschluß einer Ehe und der bösgläubigen Fortsetzung eines vielleicht lange Zeit gutgläubigen Zusammenlebens hin. „Dazu kommt noch, daß nach kanonischem Rechte die Verpflichtung zur Gemeinschaft bis zur Nichtigkeitserklärung weiter besteht." Vielleicht auch ist die Entscheidung so zu teilen, daß wenigstens die Ehelichkeit der (bis zur Nichtigkeitserklärung koncipierten) Kinder von der mala fides superveniens der Eltern nicht berührt wird (wie z. B. das österreichische BGB. durch die Putativehe lediglich Legitimität für die Kinder entstehen läßt). Es wird sich diese Frage schwer entscheiden lassen, da die betreffenden Erkenntnisse gewöhnlich sich nur mit dem gerade vorliegenden einzelnen Falle beschäftigen. Hier handelt es sich aber fast ausschließlich um die Frage, ob die betreffenden Kinder erbberechtigt, also ob sie ehelich sind. Aus den Entscheidungen über diesen Punkt kann man dann nach Belieben mit arg. per analogiam auch die Folgen für den gutgläubig gewesenen Gatten annehmen oder sie mit arg. e contrario ablehnen.

Daher ist es auch ferner nicht unbestritten, welche Rechte der gutgläubige Gatte hat: „de effectu matrimonii huius varia et confusa est doctorum disciplina" (Hertius § 21). Aus den Quellen ergibt sich nur die Legitimität der Kinder und ihr Erbrecht, sowie nach l. 22 § 13 D. 23,3 das Dotalprivileg der putativen Ehefrau. Hieran aber knüpft sich dann schon die Streitfrage, ob ihr auch die justinianeische Dotalhypothek zukomme. Glück (Teil 18 S. 107 ff.) verneinte es nach römischem, bejahte es nach kanonischem Rechte. Frick 274/75, 276, 292 ff. meinte es schon nach römischem Rechte bejahen zu können.

Während später allgemein die Ansicht durchdrang, daß die putative Ehe alle Folgen der gültigen Ehe habe, nur nicht zugunsten des bösgläubigen Gatten, versuchte Hertius diese Regel dahin einzuschränken, daß der putativen Ehe nur zuzubilligen sei, was „communi jure insunt nuptiis veris" (§ 21 S. 264), dagegen nicht „quae ex jure singulari vel privilegio veris nuptiis tribuuntur (§ 37 S. 274). Diese Ansicht

hat Thiesing 35, 36 zur Genüge widerlegt. Wir haben also bei wenigstens einseitiger Gutgläubigkeit alle Folgen der Ehe für die Kinder und den oder die gutgläubigen Ehegatten anzunehmen. Selbst das Erbrecht wird dem überlebenden Ehegatten zugesprochen, — vorausgesetzt, daß die Ehe noch zur Zeit des Todes bestand — vgl. Urteil des Obertribunals zu Stuttgart Seufferts Arch. I Nr. 236.

Dies wird man auch auf die testamentarische Erbfolge anwenden können, trotz D. 38, 11 „quemadmodum nec ex testamento adiri hereditas secundum tabulas peti bonorum possessio potest; nihil enim capi propter injustum matrimonium potest".

Ja selbst nach Auflösung der Ehe soll nach Thiesing 41, 42 der Vater die väterliche Gewalt mit allen ihren Folgen behalten. Wenn dies allerdings von Thiesing so begründet wird „warum die nachträgliche Aufdeckung der Nichtigkeit die Macht haben soll, vorher vorhandene Rechte zu vernichten, ist nicht erfindlich" — so muß man doch feststellen, daß an dieser Stelle Thiesing den Begriff der Nichtigkeit anders gebraucht als sonst. Denn nach der herrschenden Meinung, der auch Thiesing zuzuzählen ist, wird durch das — deklarative (!) — Urteil doch nur festgestellt, daß die Ehe und daher auch die väterliche Gewalt nie bestanden hat; nach dieser Auffassung kann also von „vorher vorhandenen Rechten" gar nicht die Rede sein.

Ein weiterer Streitpunkt ist der, ob zur Putativehe außer dem guten Glauben eines Teils noch die Beobachtung der nötigen Form erforderlich ist. Diese Frage wurde fast einstimmig bejaht [19].

Zur Begründung dieser Ansicht wird angeführt:

I. alle maßgebenden Entscheidungen betreffen nur Fälle materieller Ungültigkeit, also ist nach arg. e contrario die formale Ungültigkeit ausgeschlossen.

II. Es wird immer betont, daß die Ehe „in facie ecclesiae" „auctoritate episcopi" usw. geschlossen sei.

---

[19] Frick, 262/63. Erlaß des Obertribunals zu Stuttgart, s. O. 76/77. Schulte E. R. 297 Anm. 2. Windscheid P. § 571 Anm. 17. Friedberg § 251e, 407. Richter-Dove-Kahl § 285, S. 1167 und die meisten Lehrbücher. Thiesing zitierte Süskind u. Werner B. I § 267 Nr. 5, wo er aber nur Publizität fordert und daß kein Widerspruch der Kirche vorliege, und B. III § 22 II. 3, der nur von dem Aufgebot handelt; beide Stellen fordern also nicht das Einhalten einer bestimmten Eheschließungsform. Tatsächlich nimmt gerade Süskind die Möglichkeit einer Putativehe bei Formmangel an. B. II § 41 X S. 108/9; ebenso Schweppe IV § 674 S. 105 und

III. Vernachlässigung des Aufgebotes hinderte bei materiellem Mangel das Zustandekommen einer Putativehe.

Die beiden letzten Gründe sind wohl aber richtig so zu verstehen, daß II. als Beweis für, III. als Beweis gegen den guten Glauben und als Strafe für die Vernachlässigung der Rechtspflicht, bei deren Erfüllung der Mangel rechtzeitig hätte entdeckt werden können, anzusehen ist. Denn einerseits gab es doch vor dem Tridentinum gar keine bestimmte Form, die hätte verletzt sein können, und andererseits wäre es sonderbar, daß ein Formmangel nur eine materiell mangelhafte Ehe vollnichtig werden läßt, die Gültigkeit einer materiell gültigen Ehe aber nicht berührt [20].

Der Behauptung zu I liegt, wie jedem arg. e contrario gegenüber, natürlich die Anwendung des arg. per analogiam nahe. Mit diesem tritt nun Fischer Jg. 253, der bislang fast einmütigen Ansicht gegenüber. Jedoch ist in diesem Falle wirklich dieses arg. gewagt; denn es handelt sich nach der ganzen Stellung dieses Instituts im gemeinen Recht um ein jus singulare, bei dem ja die Anwendung der Analogie ausgeschlossen sein soll. Aber das arg. e contrario hat noch viel weniger Berechtigung; denn, solange „consensus facit nuptias", und daher keine gesetzliche Form der Eheschließung vorhanden ist, ist es schlechterdings unmöglich, daß eine Ehe wegen Formmangels nichtig ist; daher ist allerdings auch keine Gelegenheit gegeben, einer solchen Ehe durch Urteil die Wirkungen der Putativehe zuzubilligen. Man wird daher mit Thiesing 33, 34 der Ansicht von Mankiewiez 34, 35 zustimmen müssen, daß der allgemeine Grundsatz, wegen guten Glaubens die Wirkungen einer gültigen Ehe zu verleihen, solange es nur wegen materiellen Mangels nichtige Ehen gab, nur auf diese angewendet werden konnte, daß aber, sobald mit der Einführung einer gesetzlichen Form durch das Tridentinum ein

---

v. Scheurl, G. 351, 353, der schon ganz klar erkennt, daß auch bei Mangel einer wesentlichen Form eine, wenn auch nichtige Ehe vorliegen kann, daß dagegen, wenn gar nicht der Schein eines rechtsmäßigen Eheschließungsaktes vorliegt, nicht einmal von einer Ehe gesprochen werden kann; er beweist auch, daß schon das kanonische Recht unter Ehehindernis auch den Formmangel verstand.

[20] Der Behauptung Thiesings (32) „würde es doch unerfindlich sein, weshalb man eine Form, deren Beobachtung zum Zustandekommen einer wirklichen Ehe unnötig ist, zum Wirksamwerden einer Putativehe erfordern sollte" — kann ich nicht zustimmen, da nach dieser allgemeinen Fassung auch die Regelung des BGB. „unerfindlich" wäre; denn dort ist die Eintragung ins Heiratsregister „zum Zustandekommen einer wirklichen Ehe unnötig", „zum Wirksamwerden einer Putativehe" (der wegen Formmangels nichtigen) aber durchaus erforderlich.

neuer Nichtigkeitsgrund geschaffen war, auch auf diesen der Grundsatz der Putativehe ipso iure Anwendung finden mußte [21].

5. Das bayerische Landrecht

Der Codex Maximilianeus Bavaricus civilis wollte — nach dem Publikationspatent vom 2. I. 1756 — nur das bisherige gemeine und statutarische Recht kodifizieren.

Das ist dann auch in allen wichtigen Punkten, die unsere Frage berühren, geschehen. So ist namentlich das Institut der Putativehe ganz der damals herrschenden gemeinrechtlichen Theorie entnommen: Bei beiderseitiger Gutgläubigkeit, aber auch nur, s o l a n g e diese währt, „würkt eine solch gemeinte Ehe . . . das nemliche, was eine wahrhaft und rechtsbeständige Heyrath . . . zu würken pflegt" (I cap. 6 § 44); der gemeinrechtliche Streit ist also hier dahin entschieden, daß mala fides superveniens schadet.

Der alleingutgläubige Gatte genießt alle Rechte eines Gatten aus gültiger Ehe, auch hat ihm der bösgläubige noch dazu ein Kindsteil — mindestens ein Viertel seines Vermögens — als Buße zu übereignen. Bei beiderseitiger Bösgläubigkeit ist keinerlei Wirkung einer Putativehe gegeben.

Die Kinder haben bei wenigstens einseitigem guten Glauben (zur Zeit der Erzeugung) für ehelich zu gelten.

Der bösgläubige Vater hat sie, obwohl er die väterliche Gewalt nicht erhält, doch zu alimentieren.

Bei beiderseitigem bösen Glauben verfallen auch zur Strafe, abgesehen von der möglicherweise sonstigen Bestrafung wegen Bigamie, Heiratsgut, Morgengabe, Widerlag und Schenkungen oder ein Viertel des beiderseitigen Vermögens dem Fiskus.

Die Streitfrage des gemeinen Rechts über das Erfordernis der Form bei der Putativehe besteht auch für das bayerische Landrecht. Daraus, daß in § 44 eine wegen eines impedimentum dirimens ungültige Ehe als Voraussetzung der Putativehe bezeichnet wird, ist noch nicht zu entnehmen, daß die formnichtige Ehe ausgeschlossen wäre; denn der Sprachgebrauch faßte den Begriff „trennendes Ehehindernis" soweit, daß auch der Formmangel darunter fiel (v. Scheurl S. 353). So-

[21] Zu der hier vertretenen Ansicht neigt auch Sehling 177 ff., wenn er auch noch die Frage unentschieden läßt.

verfährt auch dieses Gesetzbuch. Der § 8 verweist bei Aufzählung der Ehehindernisse auf den § 5, der die Formerfordernisse des Tridentinum vorschreibt. Diese Betrachtung könnte uns also eher zu dem Schluß bringen, daß das bayerische Recht auch formnichtige Putativehen kennt. Aus den allgemeinen beim gemeinen Recht erörterten Gründen wird man auch an dieser Ansicht festhalten müssen.

6. Das Allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten

Die bekannte Begriffsbestimmung der Ehe im Eingang des zweiten Teils kann uns hier nicht interessieren. Sie ist, wie Förster (498 siehe auch Koch III S. 65 Anm. 9) mit Recht nachwies, überflüssig und unbrauchbar; sie ist überhaupt keine wirkliche Begriffsumgrenzung. Man kann sie mit Recht als „anerkannte Abirrung" (Stammler R.R. 576) bezeichnen [22].

Zu der Frage, ob die Ehe als Vertrag aufzufassen und zu behandeln sei, vgl. Förster III § 202 „Es ist eine jetzt allgemein anerkannte Wahrheit, daß die Ehe kein vertragsmäßiges Verhältnis ist. Sein Inhalt ist den Ehegatten durch die sittliche und rechtliche Ordnung objektiv gegeben; sie haben sich dieser Ordnung schlechthin zu unterwerfen und sind nicht befugt, Abweichungen von ihr willkürlich zu vereinbaren. Der Vertrag ist also nicht ein den Inhalt der Ehe bestimmendes Moment. Nur insofern zur Eingehung der Ehe die Willenseinigung beider Personen erfordert wird, tritt etwas Vertragsmäßiges als das das Verhältnis begründende Moment hervor." Im übrigen aber bleibt doch die Anwendung der Regeln über nichtige Rechtsgeschäfte auf die Ehe bestehen, soweit man bei dem Sprachgebrauch des A.L.R. überhaupt von einer Anwendung reden kann.

Bei den Hindernissen, die einen Eheabschluß gesetzwidrig machen, unterscheidet das Allgemeine Landrecht einerseits die Verbotsgesetze, die die Ehe nichtig machen (§ 933 Teil II Tit. 1), andererseits diejenigen Hindernisse, durch deren Hebung die Ehe verbindliche Kraft erlangen kann; durch diese Hindernisse wird die Ehe „ungültig" (§ 934), — d. h. nach unserem Sprachgebrauch, „anfechtbar" (ergibt sich aus § 973)[23].

[22] Deshalb ist aber nicht ein solcher Aufwand von sittlicher Entrüstung nötig, wie sich ihn Kohler R.Ph. 67 leistet. Die falsche Betrachtungsweise, der in jener Zeit die Schriftsteller aller Rechtsgebiete und die Philosophen huldigten, hat mit sittlicher Gesinnung gar nichts zu tun.

[23] Der Ansicht Kochs (Anm. 57 zu § 39 B. III S. 17, 18), daß hier eine relative Nichtigkeit vorliege — wohl hervorgerufen durch den Ausdruck „absolut nichtig" in § 974 — können wir nach unserem heutigen Sprachgebrauch nicht beitreten.

Doch ist diese Unterscheidung nicht folgerichtig durchgeführt (Koch a. a. O., auch Hinschius Pr. 112). Überhaupt „fehlt dem A.L.R. eine bestimmte Terminologie" (Förster I 42), es ist „in der Wahl technischer Bezeichnungen sehr schwankend" (Förster I 191), die „Unterscheidungen werden nicht streng auseinandergehalten" (Leske I 82) — „aber fast in keiner Lehre zeigt sich dies so nachteilig und so auffällig als bei der von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte . . . . Selbst die scheinbar schärfere terminologische Scheidung von nichtig und ungültig bei der Ehe ist nicht hinreichend ausgebildet" (Förster I 191). — Da nach § 974 die ungültigen Ehen den nichtigen gleich behandelt werden, wenn sie auf Anruf eines dazu Berechtigten aufgehoben sind, so haben die an diesen Punkt sich knüpfenden Streitfragen für uns im allgemeinen keine erhebliche Bedeutung.

Das A.L.R. hat am schroffsten von den bisher betrachteten Rechten die Folgerungen aus der Ansicht gezogen, daß die Ehe nach den Regeln über Rechtsgeschäfte zu behandeln und daher auch der rechtsgeschäftliche Nichtigkeitsbegriff auf sie anzuwenden sei. So kennt es bei der Nichtigkeit keine Heilung (§§ 941, 946, 947), sondern nur bei der Ungültigkeit (§ 975); daher werden die Fälle, in denen bei sonst nichtiger Ehe doch eine Heilung ermöglicht werden soll, besonders ausgenommen, dann aber auch als ungültig bezeichnet (§§ 936, 942—945 und den seltsamen Fall § 8, § 948, der, wie Koch Anm. 10 S. 210 mit Recht bemerkt, gar nicht unter die nichtigen, sondern überhaupt zu den ungültigen Ehen gehört). Eine weitere Folge dieser schroffen Stellung ist es, daß das Gesetz im Gegensatz zu seinen Vorgängern den Ehegatten grundsätzlich die Wirkungen einer gültigen Ehe verweigert, ob sie nun beide oder einer bös- oder gutgläubig [24] waren: „Aus einer solchen nichtigen Verbindung entstehen daher auch unter den Verbundenen selbst niemals Rechte und Pflichten wie aus einer wirklichen Ehe." § 952.

Auch die Stellung der aus solchen Ehen „erzeugten" [25] Kinder ist gänzlich unabhängig von dem guten Glauben der Eltern — allerdings

---

[24] Das Gesetz spricht nicht von gutem Glauben, sondern von Kenntnis des Ehehindernisses; daher schadet grobe Fahrlässigkeit nicht, wohl aber Rechtsirrtum. Streitig ist, ob die Präsumption des § 1 Tit. 2 auch für die vor der nichtigen Ehe erzeugten Kinder gilt. Der Wortlaut könnte dagegen sprechen. Doch sieht es nicht so aus, als sei die engere Fassung beabsichtigt. Für diese: Präjudizien Nr. 1232 (Sammlung I 162), Dernburg Pr. III § 72, Förster-Eccius § 219 Anm. 1; dagegen R.G. vom 19. VI. 1882 (J.M.Bl. v. 1882 S. 283) und R.G. Bd. 18, 288.

[25] Daher keine legitimatio per subsequens matrimonium (gleiche Ansicht Thiesing 61).

diesmal mit der umgekehrten Wirkung, daß sie nämlich in jedem Falle sowohl „in Ansehung ihrer unmittelbaren[26] Eltern" (§ 50 Tit. 2) als auch „unter sich selbst" (§ 52) alle Rechte ehelicher Kinder bezw. Geschwister haben. (Siehe auch § 75.) Nur führen sie „in der Regel den Namen der Mutter" (§ 53)[27].

Immerhin ist der gute Glaube eines Teils (wenn er nicht „das Ehehindernis gewußt") doch nicht ohne jede Bedeutung. Bei bösem Glauben der Frau und gutem Glauben des Mannes haftet dieser nur für grobes Versehen bei der Verwaltung des Frauengutes (§ 959), während er sonst „alles leisten und vertreten" muß, „wozu ein Verwalter fremder Güter verpflichtet ist" (§ 953). Auch braucht er bei gutem Glauben keine Rechnung wegen gezogener Nutzungen zu legen, da diese gegen den Unterhalt der Frau aufgehoben werden (§§ 954/55); bei bösem Glauben dagegen wird er als unredlicher Besitzer behandelt und kann nur abziehen, „was zum Unterhalte der Frau oder sonst in ihren Nutzen erweislich verwendet worden" (§ 946/47). Ferner hat die gutgläubige Frau noch, nach § 958 und K.O. von 1855 § 80 II ein Vorzugsrecht wegen ihres dem Manne überlassenen Vermögens. Endlich ist der bösgläubige Teil, der den anderen zur Schließung der Ehe verleitete, diesem gegenüber zur Schadloshaltung verpflichtet (§ 963), die im allgemeinen nach dem höchsten Satze der Ehescheidungsstrafen bestimmt wird (§§ 964/65). Bemerkenswert ist hier die Bestimmung des § 967, „daß der unschuldige Teil dieses Recht verliert, wenn er Handlungen vornimmt, welche die Trennung einer gültigen Ehe und die Ehescheidungsstrafen nach sich ziehen würden"[28].

---

[26] Aber nicht, wie im gemeinen Recht, der entfernteren Verwandten; sie treten also, wie die unehelichen Kinder „weder in die Familie des Vaters noch der Mutter" (§ 51 Tit. 2, vgl. § 639 Tit. 2).

[27] Ein inzwischen beseitigter § 56 bestimmte die weitere Ausnahme, daß bei Verstoß gegen die Ehehindernisse der §§ 938, 940 Tit. 1 die Kinder nur die Stellung der Kinder aus einer Ehe zur linken Hand haben sollten. Sie unterschieden sich dann von den unehelichen Kindern also vor allem noch dadurch, daß sie wenigstens in die Familie der Mutter eintraten (§ 560 im Gegensatz zu 639 Tit. 2). Die Bestimmung fiel weg, seit beide Ehehindernisse nicht mehr die Nichtigkeit der Ehe bewirkten. Das Hindernis des § 940 „Ungleichheit des Standes", eigentlich schon durch Art. 4 der Verfassungsurkunde beseitigt, wurde, da das Obertribunal (Striethorst XXII 331, XLIII 349, XLV 214) an dem Ehehindernis festhielt, durch Gesetz vom 22. II. 1869 (G. S. 365) aufgehoben; das Hindernis des § 938 — erforderliche Einwilligung bei Militärpersonen — wurde durch § 150 II des Militärstrafgesetzbuchs vom 2. VI. 1872 (R.G.Bl. 174) in ein aufschiebendes verwandelt.

[28] Bekanntlich ist diese Frage im BGB. nicht geregelt und ergibt daher recht unbillige Ergebnisse. Siehe Mitteis D.

Der gutgläubige Dritte wird durch die nichtige Ehe nicht geschädigt (§ 961) — nur im Falle der Doppelheirat muß er hinter dem ersten Gatten zurücktreten (§ 962).

Aber nicht nur bei den vermögensrechtlichen Folgen kommt der gute Glaube in Betracht, sondern auch für die familienrechtliche Stellung. Die allgemeine Regel des § 952 geht nur auf die Rechte und Pflichten unter den Verbundenen selbst; daher ist es nicht einmal eine Einschränkung, wenn § 54 Tit. 2 verfügt, daß nur bei beiderseitiger Bösgläubigkeit dem Gatten die elterlichen Rechte über die Kinder zu versagen sind; und auch diese Regel wird noch sachgemäß eingeschränkt: „doch kommen ihnen, insofern sie die Erziehung und Verpflegung der Kinder besorgen, diejenigen persönlichen Rechte zu, welche die Gesetze den Pflegeeltern beilegen" (§ 55 Tit. 2). Bei beiderseitigem guten Glauben haben beide die elterlichen Rechte. Streitig ist, ob bei einseitigem guten Glauben auch dem Gutgläubigen diese Rechte zustehen. § 54 ist nicht deutlich abgefaßt. Auf den ersten Blick könnte es scheinen, als ob der Wortlaut den guten Glauben beider Teile fordere (so Stölzel J.M.Bl. 131); jedoch sprechen nicht nur der Sinn des Gesetzes (Thiesing 58, Gesetzrev. Pens. 15, 30, ähnlich auch Beschluß des Kammergerichts 2. I. 1882 in Johow III 73) und die vernünftige Überlegung für die Zubilligung der elterlichen Rechte an den Gutgläubigen, sondern die nähere Betrachtung des Wortlauts ergibt, daß auch diese Auffassung darnach wohl möglich ist. Das Nähere über die Rechtsstellung des gutgläubigen bezw. bösgläubigen Gatten ist hier nicht von Belang; eine Zusammenstellung bietet Thiesing 58, 59.

Auch für das Allgemeine Landrecht erhebt sich die Frage, für welche „nichtigen Ehen" denn alle diese Vorschriften gelten. Das Gesetz selbst zählt die einzelnen Fälle auf, in denen es eine Ehe als nichtig nach den angeführten Regeln behandelt; es sind dies die §§ 935—940, sowie die Ungültigkeitsfälle nach Nichtigerklärung, § 974. Bemerkenswert ist, daß alle diese Paragraphen mit den Bestimmungen über die Wirkungen der nichtigen Ehe in demselben Abschnitt stehen — nur die Wirkungen für die Kinder sind anderwärts geregelt. Unter jenen Bestimmungen findet sich keine, die für den Formmangel Nichtigkeit verfügte — und doch kennt auch das A.L.R. gesetzliche Formvorschriften, nämlich priesterliche Trauung (Teil II Tit. 1 § 136) bei persönlicher Anwesenheit der Verlobten (§ 167). Wie steht es, wenn gegen diese Formvorschriften mehr oder minder stark verstoßen ist? Es ist hier unmöglich, dennoch volle

Gültigkeit der Ehe anzunehmen, etwa, weil die Nichtigkeit nicht besonders verfügt sei. Dagegen könnte man vielleicht annehmen, daß der Gesetzgeber bei Aufzählung der Nichtigkeitsfälle den Formmangel vergessen habe und daß daher alle Bestimmungen über nichtige Ehen auch auf diese Verhältnisse anzuwenden seien. (So Fischer Gr. 101 ff.) Eine starke Stütze findet diese Ansicht in § 49 Einleitung zum A.L.R. „Findet der Richter kein Gesetz, welches zur Entscheidung des streitigen Falles dienen könnte, so muß er zwar nach den in dem Landrechte angenommenen allgemeinen Grundsätzen und nach den wegen ähnlicher Fälle vorhandenen Verordnungen seiner besten Einsicht gemäß erkennen." Nun sind aber die „allgemeinen Grundsätze", nach denen das A.L.R. die Regelung der materiell-nichtigen Ehe bestimmte, auch für die Ehen maßgebend, bei deren Eingehung die Form wesentlich verletzt wurde, — wenn auch wenigstens der Schein eines formgerechten Eheabschlusses vorliegen muß. Immerhin ist aber ein solcher „allgemeiner Grundsatz" im A.L.R. nicht ausgesprochen, man könnte ihn nur aus den angeführten Ausnahmen entnehmen, was ja immer mißlich ist, da man Ausnahmen nicht analog auszudehnen pflegt. Auch spricht die ganze Fassung des Abschnitt 10 Teil II Tit. 1 gegen diese Ansicht. Hauptsächlich aber spricht gegen die Ansicht, daß sie in der Anwendung kaum durchzuführen wäre. Wo soll die Grenze zum Konkubinate sein, da doch nicht festzusetzen ist, wann hier eine wesentlich mangelhafte und wann gar keine Form vorliegt, und da andererseits für die Ehelichkeit der Kinder nicht einmal der gute Glaube auch nur eines Teils gefordert wird? Der consensus matrimonialis, den Fischer (Gr. 102) entscheiden lassen will, ist doch kaum feststellbar, jedenfalls würden derartige Versuche die unglaublichsten Folgen bei der Anwendung in der Rechtsprechung nach sich ziehen. Wir müssen Thiesing (63) zustimmen, wenn er Fischers Anschauung für undurchführbar hält. Ein weiteres Bedenken wäre, daß ja die Kinder in der Ehe *erzeugt* sein müssen (Teil 2 Tit. 1 § 50) — wie will man dies aber unter diesen Umständen feststellen? Endlich wäre noch daran zu erinnern, daß das A.L.R. die Kinder aus nichtigen Ehen verschieden behandelte (daß diese Verschiedenheit später aufgehoben wurde, kommt für die systematische Erwägung natürlich nicht in Betracht); sollten nun die Kinder aus formnichtigen Ehen nach § 50 oder nach § 56 behandelt werden? Für § 50 könnte man sich nur entscheiden, wenn das Gesetz ihn, was er ja vielleicht tatsächlich ist, als Regel, den § 56 aber als Ausnahme dargestellt hätte. Ein derartiger Gedanke ist aber im Gesetze nicht zum Ausdruck gebracht, sondern beide Bestimmungen bestehen ne-

beneinander und zählen die einzelnen Paragraphen, für die sie gelten wollen, beide genau einzeln auf.

Aus dem Zusammenfließen aller dieser Gründe — denn nicht jeden einzelnen würde ich für sich allein als entscheidend anerkennen können, — ergibt sich für uns, daß wir Fischers Auffassung nicht folgen dürfen.

Dann ist aber nur noch die Ansicht möglich: Das Gesetz versteht unter „nichtiger Ehe" nur die im zehnten Abschnitt aufgeführten Fälle. Für die anderen Fälle, in denen eine Ehe nicht gültig sein kann, nämlich bei Verletzung der Form, muß man sich eine besondere Bezeichnung erfinden, wie „Nichtehe". Dieses Verhältnis muß dann ganz als rechtlose Geschlechtsgemeinschaft behandelt werden, auch soweit die Rechtsstellung der Kinder in Frage kommt. Zwar ist dieses Ergebnis nicht billig und meines Erachtens auch nicht den Grundgedanken des A.L.R. entsprechend, doch läßt sich — so, wie die Bestimmungen des Gesetzes im einzelnen lauten, kein anderer Weg finden. Zustimmend die herrschende Meinung, neuerdings Thiesing 61—63.

7. Das französische Recht

Im C.N. wird die Ehe als Vertrag behandelt. Dies beruht auf der geschichtlichen Entwicklung. Schon die Constitution du 3 sept. 1791 Tit. A Art. 7 sagte „la loi ne considère le mariage que comme contrat civil." Eine entsprechende Bestimmung war auch im Entwurf gegeben „le mariage est un contrat dont . . .". Im C.N. selbst fehlt allerdings eine derartige Bestimmung; doch behandelt er selbst die Ehe zweifellos als einen Vertrag: So spricht er z. B. in Art. 166 von „les parties contractantes". — Eine kleine Verwirrung wurde noch dadurch angerichtet, daß der C.N. einen „contrat de mariage" kennt, daß er aber als solchen nicht den die Ehe begründenden Vertrag bezeichnet, sondern den Vertrag über das Ehegüterrecht. Daher finden wir dann auch bei jedem Schriftsteller einen Abschnitt, in dem er diesen Unterschied betont [29].

Der Sprachgebrauch des C.N. bei der Abgrenzung der Ehe vom Konkubinate ist nicht ganz folgerichtig und einwandfrei. Für die Verhältnisse, die nicht gültige Ehen sind und für die unser BGB. den Sammelnamen „nichtige Ehen" hat, finden sich Ausdrücke wie „le mariage peut être attaqué" (Art. 180, 182, 184, 185); „ne peuvent (peut) con-

[29] Siehe über diese Fragen Demolombe, Marcadé V 380, Laurent II Nr. 260 S. 328/29, Barazetti E. 15, und für die frühere Zeit Pothier I 4.

tracter mariage" (Art. 144, 147, 148, 160); „le mariage est prohibé" (Art. 161—163) und „il n'y a pas de mariage" (Art. 146).

Es sei noch kurz die Bedeutung erörtert, die die entsprechenden Ausdrücke im C.N. außerhalb des Eherechts haben. Sowohl der Ausdruck inexistant als nul (nullité) ist nicht immer peinlich genau und im gleichen Sinne gebraucht. Doch kann man im allgemeinen sagen, daß der Ausdruck inexistant gebraucht wird, wenn schon die quaestio facti das Vorhandensein eines Rechtsgeschäfts verneint, daß aber der Ausdruck nul dem „ungültig" des gemeinen Rechts entspricht, also Nichtigkeit und Anfechtbarkeit bezw. die sog. relative Nichtigkeit umfaßt. Da jedoch das französische Recht keinen bestimmten Ausdruck für die Unterabteilungen dieses Begriffs hat, so wird er auch für diese gebraucht. So darf man sich nicht durch den Sprachgebrauch des gemeinen Rechts: Nullität = Nichtigkeit, verleiten lassen, sondern muß auch nötigenfalls für nullité Anfechtbarkeit setzen. Das ist namentlich der Fall bei der action en nullité ou en rescission der Art. 1117, 1304 ff. usw. Hier ist der Ausdruck action en nullité rein im Sinne von Anfechtungsklage gebraucht. Die Versuche, hier eine relative Nichtigkeit, die durch Klage geltend gemacht werden müßte, zu erkünsteln, sind müßig.

Man wird im allgemeinen nul = fehlerhaft anzunehmen haben, wobei nul de plein droit oder nur de droit sich tatsächlich dem inexistant nähert; denn die Fehlerhaftigkeit läßt das Geschäft rechtlich nicht zustande kommen, obwohl die Tatsachen äußerlich vorliegen (dieses im Gegensatz zu inexistant; doch verwischen sich hier die Grenzen dieser Begriffe sehr, wie sie ja auch in ihren Folgen gleich behandelt werden), aber sie bedarf andererseits nicht, wie beim einfachen nul, der Geltendmachung durch eine Klage, zu der einige oder alle Beteiligten berechtigt sind.

Auf die zahlreichen Streitfragen, die sich über die Bedeutung dieser und ähnlicher Begriffe, über die Unterordnung einzelner Artikel darunter, die Notwendigkeit oder Möglichkeit der Klage und ihre Bedeutung ergeben haben (siehe Windscheid U., Crome A. § 22 Zachariae-Crome I § 126, § 129), brauchen wir hier nicht des näheren einzugehen, da sie für die Fragen des Eherechts keine wesentliche Bedeutung haben. Vielmehr können diese Begriffe für das Eherecht besonders behandelt werden, da sie anerkanntermeise hier den sonst im C.N. üblichen nicht entsprechen. (Zachariae-Crome I § 126 S. 152/53 „die Lehre von der Nullität kann nur gedeihen, wenn die Fälle des Eherechts von vornherein ausgeschieden werden. Das Eherecht folgt anderen Grundsätzen und muß ihnen

folgen". Zustimmend Laurent 272, 290, Crome A. 244 Anm. 16, Zachariae-Crome III § 421 Anm. 1).

Kehren wir also zu den vorerwähnten vier Ausdrücken des Eherechts zurück.

Der erste ist klar: es liegt eine Ehe vor, aber sie ist mit einem Mangel behaftet und kann daher vernichtet werden; daher lautet auch Chapitre IV, in dem diese Artikel stehen: „Des demandes en nullité de mariage."

Beim zweiten Ausdruck könnte man zweifelhaft sein, ob nicht das Zustandekommen einer — wenn auch mangelhaften und vernichtbaren — Ehe schlechthin ausgeschlossen sein soll; aber schon die Gegenüberstellung der Bestimmungen, daß der Mangel freier Einwilligung der Gatten oder ihr Irrtum eine Ehe zustande kommen läßt, dies aber beim Mangel der elterlichen Einwilligung (Art. 48) nicht möglich wäre, würde uns zeigen, daß die Ansicht irrig ist; aber das Gesetz selbst erklärt auch in allen Fällen, wo es diesen Ausdruck gebraucht, hinterher, daß hier die Nichtigkeitsklage zulässig und erforderlich, daß also eine zu vernichtende Ehe, trotz des Verbotes zustande gekommen ist (für Art. 144 und 147: Art. 184; Artt. 148 und 160: Art. 182).

Für den dritten Ausdruck gilt das gleiche; die Fälle, in denen er angewendet ist (Art. 161—163), unterliegen nach Art. 184 der Nichtigkeitsklage.

Diesen drei Ausdrücken, die somit alle das Gleiche bedeuten, steht der Ausdruck „il n'y a pas de mariage" gegenüber. Es gab nun (nach Zachariae-Crome III S. 2—4 Anm. 3, Sirey Bd. 45 S. 246/47 und Note 1 Bd. 87 S. 461) eine Ansicht, nach der auch in diesem Falle eine Nichtigkeitsklage erforderlich sei, da diese bei a l l e n nichtigen Ehen Platz greife. Und zwar bestimme der Artikel 180 näher, in welchen Fällen und durch wen die Nichtigkeitsklage erhoben werden könne. Der Hauptfehler dieser Begründung ist der zweideutige Gebrauch des Wortes „nichtig". Versteht man unter einer „nichtigen Ehe" jedes Verhältnis zwischen Mann und Weib, das nicht gültige Ehe ist, so läßt sich das allgemeine Erfordernis einer besonderen Nichtigkeitsklage nicht nur nicht begründen, sondern ist sogar undenkbar. Versteht man aber unter „nichtiger Ehe" mangelhafte Ehen, die doch zum mindesten vorläufige Wirkungen erzeugen, so setzen diese gerade erst die Nichtigkeitsklage voraus, so daß diese nur mittels des circulus vitiosus auch noch aus ihnen abgeleitet werden kann. Aber auch dem Wortlaut der Artikel entspricht jene Ansicht durchaus nicht: es ist doch ein entscheidender Unterschied, ob

nach außen hin gar kein Konsens vorliegt „n'y point de consentement", oder ob ein Konsens vorhanden, also der Form genug getan und der Schein erreicht ist, aber die Erklärung des Konsenses an dem inneren Mangel krankt, daß sie durch Zwang oder Täuschung hervorgerufen wurde. Es sagte also der Art. 146, daß ohne irgendwelchen Konsens überhaupt keine, auch keine i. e. S. „nichtige Ehe" zustande kommen kann, Artikel 180, daß, wenn der Konsens an einem Mangel leidet, auch die durch ihn geschlossene Ehe mangelhaft ist und durch den vernichtet werden kann, dessen Erklärung durch Zwang oder Irrtum beeinflußt war [30].

Streitig ist, wie gewöhnlich, ob ein Formverstoß ebenfalls schlechthin keine Ehe oder doch wenigstens eine i. e. S. „nichtige Ehe" zustande kommen läßt [31].

Der C.N. hat eine Anzahl Formvorschriften, gibt aber nicht an, welche Folgen ein Verstoß gegen sie nach sich zieht. Die Schriftsteller nehmen verschiedene Stellungen ein. Die beiden verbreitetsten Ansichten sind diese:

I. Die eine Gruppe fordert für das Zustandekommen einer, wenn auch vielleicht vernichtbaren, Ehe:

1. Mitwirkung des Standesbeamten (Art. 191); auch verlangt sie, daß dieser zuständig sei — doch ist dies sehr bestritten (siehe Zachariae-Crome III§ 424 Anm. 2 und die dort Aufgeführten — a. A. auch Marcadé-Mourlon I 74 — und auch meines Erachtens nicht zu halten. —

2. Erklärung des Konsenses vor diesem Beamten und dessen anerkennenden Ausspruch.

3. Öffentlichkeit — allerdings soll nicht ein einzelner Verstoß gegen eine die Öffentlichkeit der Handlung bezweckende Vorschrift (Art. 63 ff. bes. 75, 165, 191) schon ein Beweis für die Nichtexistenz

---

[30] Dieser Ansicht Zachariae-Crome III § 419 Anm. 3. Förtsch 16. Crome A. 241. Massé et Vergé I § 108 S. 165/66. Laurent II Nr. 269, 272, 279. Marcadé I S. 460. Barazetti E. §§ 21, 29 usw. Aubry et Rau V § 450 Anm. 5. Demolombe I S. 383—391, Nr. 239—243.

[31] Einen anderen Fall, wo Zachariae-Crome § 421 II, und mit ihnen die meisten Schriftsteller, nicht einmal eine „nichtige Ehe" zustande kommen lassen, nämlich bei Mangel der Geschlechtsverschiedenheit, braucht nicht behandelt zu werden, da hier schon begrifflich keine Ehe vorliegen kann.

sein, wohl aber ein Indiz, aus dem im Zusammenhang mit weiteren Tatsachen möglicherweise sich die Heimlichkeit ergeben kann (Dalloz Nr. 114 ff., Marcadé 520/21, Demolombe 294 ff). Doch ist diese letzte Bestimmung nach Zachariae-Crome, Anm. 6 zu § 424, noch nie praktisch geworden (siehe auch Sirey 7 I 320).

II. Andere Schriftsteller wollen trotz Mangels der Öffentlichkeit eine — aber vernichtbare — Ehe zustande kommen lassen, so Barazetti § 4 S. 72.

Doch sind alle diese Streitfragen deshalb nicht von erheblicher Bedeutung, weil die herrschende Rechtslehre wie Rechtsprechung sich nicht von dieser Unterscheidung hat beeinflussen lassen, wenn es galt, den gutgläubigen Beteiligten und ihren Kindern die Vergünstigungen einer Putativehe zuzuwenden. In diesen Fällen — es handelt sich im allgemeinen um Mitwirkung des Standesbeamten oder um die Ehen Ausgewanderter, — hat man auch denen, die nicht einmal eine vernichtbare Ehe aufzuweisen hatten, die Rechte der Putativehe gegeben. Es war dies die Folge der Überspannung des Begriffs „mariage inexistant", unter den man infolge der viel zu großen Zahl als wesentlich angenommener Erfordernisse auch Verhältnisse brachte, die sachlich durchaus als vernichtbare Ehen hätten behandelt werden können. Für die Frage des Vorhandenseins (nicht der Gültigkeit) einer Ehe würde — auch nach dem C.N. — die Mitwirkung des Standesbeamten (obligatorische Zivilehe!) allgemein und die Erklärung des Konsenses genügt haben [32].

So aber, da man der herrschenden Lehre nicht in der Rechtsanwendung folgen konnte, ohne sachlich unrichtige Ergebnisse zu erzielen, ließ man sich, worauf Zachariae-Crome, Anm. 2 zu § 435, mit Recht tadelnd hinweist, „jeweils durch Rücksichten auf die besonderen Umstände des Falles bestimmen" — und schoß dabei auch weit übers Ziel: man durfte einem Verhältnis, bei dem nicht einmal ein vermeintlicher Standesbeamter mitgewirkt hatte, nicht irgendwelche Rechtsfolgen zubilligen. Literatur zu diesem Punkte siehe Zachariae-Crome a. a. O., zustimmend auch Fischer Jg. und Thiesing 48.

Allerdings wird man zugeben können, daß eine ganz folgerichtige Durchführung der herrschenden Ansicht über die Nichtehe, wie sie Zachariae-Crome fordert, eben wegen der Fehler jener Meinung ebenfalls zu unrichtigen Ergebnissen führen würde.

---

[32] Dies scheint auch die Ansicht von Crome A. § 22 S. 241.

8. Das badische Landrecht

Das badische Landrecht nimmt natürlich in allen diesen Fragen den gleichen Standpunkt ein wie der C.N. So will auch hier die herrschende Meinung die Vorschriften über die Putativehe bei Formmangel angewendet wissen. Béghagel I § 46 S. 177: „Was von der Putativehe gilt, findet auf die Verbindung, welche wegen Mangels eines, den Begriff der Ehe bedingenden Erfordernisses (der Form), als solche zwar nicht zustande gekommen ist, aber gleichwohl im guten Glauben eingegangen wurde, analoge Anwendung." Auch ist bemerkenswert, daß Béghagel eine Abgrenzung dieser formnichtigen Ehe gegen das matrimonium non existens kennt. Siehe Bd. I. § 40.

9. Die sog. Länder sächsischen Rechts

Wir haben uns nunmehr mit einer Gruppe von Ländern zu beschäftigen, die in unserer Frage im wesentlichen die gleiche Stellung einnehmen, da sie im allgemeinen auf dem kursächsischen Mandat über die Allodialerbfolge vom 31. I. 1829 fußen, und die daher in der Literatur gewöhnlich unter dem oben angeführten Titel zusammengefaßt werden. Es sind Sondershausen (Sukzessionsordnung vom 8. XII. 1829), Weimar (Intestaterbfolgegesetz v. 6. IV. 1833), Altenburg (Eheordnung v. 13. V. 1837 und Intestaterbfolgegesetz v. 6. IV. 1841), Meiningen (Gesetz über die Ansprüche aus unehelichen Schwächungen v. 9. IX. 1844) und die beiden Reuß (Intestaterbfolgegesetze v. 22. I. 1841 — ä. L. und 10. XII. 1853 — j. L.). Nur Gotha nimmt einen besonderen Standpunkt ein und ist daher für sich zu behandeln.

Die Regelung entspricht mit wenigen, hier nicht weiter erwähnenswerten Ausnahmen der des gemeinen Rechts. Nur ist bemerkenswert, daß die meisten Gesetze, im Gegensatz zur richtigen, aber übereinstimmend mit der herrschenden Meinung des gemeinen Rechts die in gesetzlicher Form geschehene Vollziehung der Ehe für die Putativehe verlangen. Altenburg §§ 17, 73, 74, 75, Weimar §§ 16, 65. Reuß ä. L. §§ 16, 66. j. L. § 17. Meiningen schweigt, wie das gemeine Recht, über diesen Punkt; da es aber bestimmt, daß die Unkenntnis tatsächlicher Natur sein soll, so wäre ein Rechtsirrtum über die gesetzlichen Formerfordernisse ohne Belang; die Bedeutung des tatsächlichen Irrtums über ein Formerfordernis bliebe somit streitig und nach unserer Ansicht dahin zu entscheiden, daß er eine Putativehe ermöglicht. A. A. Unger III 323.

10. Gotha

Im Gothaischen Recht ist unsere Frage durch das Ehegesetz vom 15. VIII. 1834 und das Intestaterbfolgegesetz vom 2. I. 1844 geregelt.

Grundsätzlich entspricht diese Regelung ganz dem gemeinen Recht. Auch kennen die Ehewirkungen der nichtigen Ehe in Übereinstimmung mit diesem und im Gegensatz zum A.L.R. als Voraussetzung allein den guten Glauben wenigstens eines Ehegatten. Bei den Wirkungen der Putativehe folgt es dagegen nicht dem gemeinen Recht, sondern dem A.L.R.: nur den Kindern werden diese Vergünstigungen zuteil. Diese erhalten „alle Rechte ehelicher Kinder" (§ 23 Ehegesetz) und daher auch gleiches Erbrecht wie die Kinder aus gültiger Ehe (§§ 18, 19 I u. II, 20 Erbfolgegesetz). Da das Erbfolgegesetz das Reziprozitätssystem aufstellt (§ 33 I), müssen daher auch die Eltern den Kindern gegenüber das Erbrecht haben. In § 33 II aber wird dieses Recht dem bösgläubigen Vater genommen, so daß es nur noch dem gutgläubigen Teile zusteht, sowie der bösgläubigen Mutter, was sich daraus erklärt, daß diese ja auch ihren unehelichen Kindern gegenüber ein Erbrecht hat (Erbfolgegesetz § 20).

Die Eheleute selbst aber haben, auch bei beiderseitigem guten Glauben, weder Erbschafts- noch Verwandtschaftsansprüche (§ 23 Ehegesetz). Dasselbe ist natürlich der Fall, wenn sie beide im bösen Glauben waren. Auch wenn der eine im guten, der andere im bösen Glauben war, bleibt es grundsätzlich bei dieser Regelung; doch hat hier der bösgläubige Teil dem anderen gegenüber die gleichen Pflichten, wie der schuldige Teil bei Trennung einer gültigen Ehe (§ 25 Ehegesetz), nämlich Übertragung des vierten Teils seines Vermögens als Abfindung (§ 162) und unter Umständen Alimentierung der Ehefrau (§ 166).

Bemerkenswert ist die Ähnlichkeit dieser Bestimmungen mit den jetzt geltenden des BGB.

Alle diese Bestimmungen sind, dem Wortlaute nach, nur für die wegen materiellen Mangels nichtige Ehe getroffen. Da das Ehegesetz (§ 150) auch eine gesetzliche Form kennt, nämlich die priesterliche Trauung der persönlich anwesenden Verlobten, so muß es auch, bei Verstoß gegen diese Vorschrift, eine formelle Nichtigkeit kennen. Da über diese nichts gesagt ist, kann man eine Lücke im Gesetz annehmen und analoge Ausdehnung der für die materiell-nichtigen Ehen geschaffenen Ausnahmen wegen Gleichheit des Grundes befürworten, man kann auch mit dem arg. e contrario annehmen, daß das Gesetz diese Folgen bei der form-nichtigen Ehe ausschließen wollte (Thiesing 64, 65). Diese letztere Ansicht ist wahrscheinlich die richtigere, denn 1. ist analoge Ausdeh-

nung einer Ausnahme im allgemeinen zu vermeiden und 2. verlangt § 19 des Erbfolgegesetzes ausdrücklich, daß die Kinder „aus einer durch priesterliche Trauung oder sonst nach gesetzlicher Form vollzogenen Ehe gezeugt sind".

11. Das BGB. für das Königreich Sachsen

Das sächsische Recht gleicht in unserer Frage im allgemeinen den Vorschriften des gemeinen Rechts. Auch die Unterscheidung in form- und materiell-nichtige Ehe kennt dieses BGB. ebenso wie die herrschende Lehre des gemeinen Rechts. Die materiell-nichtigen Ehen sind nichtig, „wenn sie der Richter dafür erklärt" (§ 1621), die form-nichtigen dagegen ohne weiteres (§ 1620). Doch verfährt das Gesetz nicht folgerichtig in dieser Trennung; wenn es auch der materiell-nichtigen Ehe mit der Nichtigkeitsklage die vorläufigen Wirkungen allein vorbehält, so ist es doch bei den dauernden Wirkungen der Putativehe nicht so streng. In den §§ 2054 und 2039 wird beiden Arten von nichtigen Ehen die gleiche Stellung eingeräumt, der „Ehegatte" erhält also ein Erbrecht am Nachlaß des anderen, wenn er zur Zeit des Todes noch gutgläubig war, ebenso hat der (im Augenblicke der Eingehung der Ehe — § 1771) gutgläubige Vater ein Erbrecht gegenüber den Kindern (die gutgläubige Mutter natürlich auch, denn auch die bösgläubige hat, da sie der unehelichen gleichsteht, dieses Recht — §§ 2019, 2025).

Bei den übrigen dauernden Wirkungen der Putativehe ist es im sächsischen Rechte, ebenso wie bei allen derartigen Wirkungen im gemeinen Rechte, streitig, ob sie nur der materiell-nichtigen oder auch der form-nichtigen Ehe zuzubilligen sind. Für die Bevorzugung der materiell-nichtigen spricht:

I. Ihre Sonderstellung bei der Geltendmachung im Rechtsstreit,

II. das übliche arg. e contrario gegenüber den §§ 2039, 2054 und

III. der Umstand, daß sonst keine Grenze gegen den Konkubinat gegeben wäre.

I. Die Sonderstellung im Rechtsstreit und damit die Verleihung der vorläufigen materiell-rechtlichen Wirkungen kann uns keinen analogen Beweis für die dauernden materiell-rechtlichen Wirkungen geben, denn diese sind ja — zum mindesten teilweise — den prozessualen entgegengesetzt geregelt. Auch kollidiert die verschiedene prozessuale Behandlung nicht mit einer Gleichstellung der dauernden materiell-rechtlichen Wirkungen. Die Nichtigkeitserklärung hat nämlich im sächsischen

Recht bei weitem nicht die Bedeutung wie anderwärts; denn die Wirkungen der Putativehe für die Gatten erlöschen gar nicht mit der Nichtigkeitserklärung, sondern mit dem Aufhören des guten Glaubens (§ 1628). Daher ist hier die Nichtigkeitserklärung nur von Bedeutung, wenn bis dahin der gute Glaube bestanden hat. Allerdings ist die Stellung der Kinder anders geregelt. Hier heißt es nicht „bis zu dem Zeitpunkte der erlangten Kenntnis von dem Ehehindernisse" (§ 1628), sondern es kommt hier lediglich auf die „Zeit der Eingehung der Ehe" an (§ 1771); das gleiche ist bei der legitimatio per subsequens matrimonium der Fall (§ 1782). — Da hier die Grenze, die die materiell-nichtigen Ehen in der Nichtigkeitserklärung haben, der form-nichtigen Ehe fehlt, so wäre die Frage: wenn man (gegen Schmidt V. II 69 mit Fischer Gr. 94, 95, Thiesing 52, Friedberg § 152 e. S. 407 und Grützmann II 192 und Anm. 30 dort) der Ansicht ist, daß die dauernden materiell-rechtlichen Folgen der Putativehe nach sächsischem Rechte auch der form-nichtigen Ehe zugute kommen, welcher Augenblick entspricht dann hier der Nichtigkeitserklärung, d. h. bis zu welchem Augenblicke müssen spätestens die Kinder gezeugt sein, um die Rechte aus der Putativehe für sich geltend machen zu können? Die angeführten Schriftsteller haben sich über diesen Punkt nicht geäußert. Es wäre wohl so zu entscheiden: § 1771 spricht von einer Beendigung der Ehe. Diese ist bei den materiell-nichtigen Ehen bestimmt durch das Erfordernis des Nichtigkeitsurteils; da der Gesetzgeber bei den form-nichtigen Ehen dies Erfordernis nicht kennt und auch sonst über die Beendigung dieser Ehen schweigt, ist den Anschauungen des Gesetzbuches entsprechend anzunehmen, daß die Ehe in dem Augenblick beendet ist, wo das Zusammenleben tatsächlich aufgehört hat, oder wo auf beiden Seiten der gute Glaube nicht mehr vorhanden ist.

II. Dem arg. e contrario ließe sich natürlich jederzeit sein Gegenteil entgegensetzen; außerdem spricht aber noch dagegen, daß man sich auf die ausdrückliche Anführung des § 1620, wenigstens im § 2039, deshalb nicht berufen kann, weil dort die Aufzählung der §§ 1620, 1621, 1622—1625 sichtlich nur geschah, um auf diese Weise mittelbar den § 1626 auszuschließen. Endlich wäre noch zu bedenken, daß das arg. e contrario mit genau der gleichen formal-logischen Berechtigung gebraucht werden könnte, um zu erklären, daß das Gesetz, wenn es das eine Mal nur von nichtigen Ehen, das andere Mal von form-nichtigen und materiell-nichtigen Ehen spreche, damit habe angeben wollen, daß es das erstemal nur die f o r m - nichtigen Ehen gemeint habe.

III. Zu dem letzten Grunde wäre zu bemerken, daß, da das Gesetzbuch den guten Glauben fordert, fast immer eine gewisse Form wird erfüllt sein müssen, und daß damit dem Konkubinate gegenüber eine gewisse Grenze besteht. Auch wird man natürlich immer irgendeine Förmlichkeit verlangen können; denn bei Fehlen jeglicher Form liegt nicht einmal eine wegen wesentlichen Formmangels zu vernichtende fehlerhafte Ehe vor. Dies erkannte sehr richtig Siebenhaar (L. § 113 S. 184/85 und C. III, 35, während er in der früheren Auflage noch jeden wesentlichen Formmangel eine Putativehe verhindern ließ), wenn er diesen Gedanken auch nicht klar genug ausgedrückt hat. Immerhin läßt Thiesings Polemik (51) gegen ihn den sachlichen Kern seiner Ausführung unberührt.

Erwähnt mag noch sein, daß das Gesetzbuch dem gutgläubigen Gatten in Übereinstimmung mit dem französischen Rechte und der herrschenden Meinung des gemeinen Rechtes nicht nur einzelne, sondern ausdrücklich „alle Wirkungen einer gültigen Ehe" (§ 1628) gibt. Endlich sei noch die Besonderheit des sächsischen Rechts angegeben, daß es infolge seines Instituts der Brautkinder auch Putativverlöbnisse kennt (§§ 1577/78).

12. Die Personenstandsgesetze

a) Das preußische Gesetz über die Beurkundung des Personenstandes und die Form der Eheschließung vom 9. III. 1874.

Dieses Gesetz läßt die sehr verschiedenartigen Bestimmungen über die materiell-nichtigen Ehen bestehen. Es kommt für uns also nur die „Form der Eheschließung" in Betracht. Das Gesetz behandelt die Ehe als Literalkontrakt, d. h. nach diesem Gesetz kommt die Ehe dadurch zustande, daß die von den Verlobten in Gegenwart von 2 Zeugen vor dem Standesbeamten abgegebene persönliche Erklärung, die Ehe miteinander eingehen zu wollen, von diesem in das Heiratsregister eingetragen und diese Eintragung von den Verlobten und dem Standesbeamten vollzogen wird (§ 35). Und zwar sollen alle diese Erfordernisse gleich wesentlich sein; selbst „wenn ein Heiratsakt vom Zivilstandesbeamten nicht unterschrieben wurde, und der Zivilstandesbeamte stirbt" (Stenographischer Bericht der Herrenhauskommission S. 197), soll „die Ehe nicht rechtsgültig zustande gekommen" sein [33].

[33] Gleiche Ansicht Koch S. 50 Anm. 50 und Hinschius Pr. Anm. 59 zu § 35 S. 60, 61. Eigenartig ist die herrschende Ansicht (Herrenhauskommission, Koch, Hinschius Pr., Philler P., daß die Unterschrift des Standesbeamten wesentliche Bedeutung nicht

Im übrigen ist aber weder gesagt, ob dieses „nicht rechtsgültig", was man darnach wohl auch als Folge der Verletzung einer sonstigen Formvorschrift annehmen kann, nun bedeutet „vernichtbar" oder „rechtlich nicht vorhanden" noch, welche Bedeutung diese Formvorschriften für die Rechtsgebiete haben, die bei Formverletzung unterscheiden, ob gar keine Form und somit auch gar keine Ehe vorhanden ist, oder ob ein wesentlicher Mangel in der Form vorliegt, der die Ehe vernichtbar macht. Sonderbar ist das nicht, da die damals herrschende Theorie beides wesentliche Formverletzungen nannte und als deren Folge nur die „nichtige", „nicht vorhandene" Ehe, nicht die „vernichtbare" Ehe kannte[34].

Bei der kurzen Geltungsdauer dieses Gesetzes würden diese Fragen nachträglich auch nicht mehr von erheblichem Interesse sein.

b) Das (Reichs-)„Gesetz über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung" vom 6. Februar 1875.

Dieses Gesetz, das seinen Vorgänger in Preußen so bald ablöste, unterscheidet sich im Titel von ihm dadurch, daß es statt „Form der Eheschließung" allgemein „Eheschließung" heißt. Dieser Unterschied könnte für uns von Bedeutung sein: das Reichsgesetz hat auch die materielle Nichtigkeit der Ehe geregelt (es geschah dies auf Bayerns Wunsch). Aber vollständig ist diese Regelung doch noch nicht gelungen; vielmehr erhalten wir folgendes Bild: das Reichsgesetz zählt eine Anzahl Ehehindernisse genau auf (§§ 28—35 und 36, II). Diese gelten für das ganze Reich, nur sind die Vorschriften des Landesrechts maßgebend für die Fragen, welche rechtliche Folgen ein Verstoß gegen diese Vorschriften haben soll. Weiter führt das Gesetz in den §§ 37 und 38 I und II eine Anzahl Ehehindernisse auf, die das Landesrecht einführen oder beibehalten darf; doch dürfen diese Hindernisse dann nur aufschiebend wirken.

---

für die Eheschließung, wohl aber für die Beurkundung hat. Daraus wird aber nur geschlossen, daß eine spätere Unterschrift der Eheschließung nicht erst von diesem Augenblick an Geltung verleiht, sondern vom Augenblick der Unterschriften der Verlobten, als des den Literalkontrakt vollziehenden Momentes. Übrigens könnte man aus diesen Darlegungen fast entnehmen, daß mit Unterzeichnung der Verlobten immer eine Ehe zustande gekommen, diese aber rechtsungültig, also vernichtbar sei, wenn die Unterschrift des Standesbeamten fehle. Doch gibt weder das Gesetz hierzu einen Anhalt, noch vertritt ein Schriftsteller diese Ansicht.

[34] Für diese Ansicht scheint auch § 24 zu sprechen „kann eine gültige Ehe . . . nur in der durch dieses Gesetz vorgeschriebenen Form geschlossen werden". Doch ist der Gesetzgeber mit dem scharfen Ausdruck „kann nicht" selten vorsichtig gewesen, z. B. A.L.R. Teil 2 Tit. 1 § 933, „niemals bestehen können," womit der Paragraph dennoch nur vernichtbare Ehen meint; vorsichtiger schon und zutreffender BGB. §§ 1303 ff. „darf".

Endlich wird verfügt (§ 29), daß außer diesen Ehehindernissen keine weiteren geduldet werden [35].

Da die Wirkungen der Ehehindernisse also ganz dem Landesrecht überlassen sind, können wir uns den Formvorschriften zuwenden.

Das Gesetz kennt neben den unwesentlichen Vorschriften zwei Gruppen von Formerfordernissen.

I. Eine Ehe *kann* rechtsgültig *nur* vor dem Standesbeamten geschlossen werden. § 41.

II. Die Eheschließung erfolgt (§ 52)

a) in Gegenwart von zwei Zeugen,

b) durch die an die Verlobten einzeln und nacheinander gerichtete Frage des Standesbeamten: ob sie erklären, daß sie eine Ehe miteinander eingehen wollen,

c) durch die bejahende Antwort der Verlobten und

d) den hierauf erfolgenden Ausspruch des Standesbeamten, daß er sie nunmehr kraft des Gesetzes für rechtmäßig verbundene Eheleute erkläre.

Ein Verstoß gegen eine dieser Vorschriften macht die Ehe „nichtig“ [36] (so Sicherer 517, Petersen 10).

Aber wieder erhebt sich die Frage: in welchem Sinne „nichtig“? Als sicher kann man annehmen, daß ein Verstoß gegen I die Ehe „nichtig“ macht im Sinne von „rechtlich nicht vorhanden“; bei den Verstößen gegen eines der — ziemlich zahlreichen — Formerfordernisse zu II wird man wohl — wenigstens in den Rechtsgebieten, die bislang einen Unterschied zwischen Nichtvorhandensein und Mangelhaftigkeit einer Form machten — eine Nichtigkeit im Sinne von Mangelhaftigkeit, Vernichtbarkeit annehmen dürfen.

---

[35] Für Bayern gilt dieser Paragraph nach Reichsverfassung Art. 4 Nr. 1 und Schlußprotokoll zu Versailles vom 23. XI. 1870 Nr. I. insoweit nicht, als er dem bayerischen Gesetz über Heimat, Verehelichung und Aufenthalt, 1868/72 widerspricht; es handelt sich hier im wesentlichen um das Erfordernis des Verehelichungszeugnisses vgl. Sicherer 471 ff., besonders die Motive des Bundesrats und die Reden im Reichstag in Anm. 15 zu § 39.

[36] Der Begriff „rechtsgültig“, des § 41 wird auch nur im Zusammenhange mit der Frage nach der Möglichkeit einer besonderen kirchlich rechtsgültigen Ehe erörtert. So Völk Anm. 2 zu § 41.

B. Aus der Entstehungsgeschichte des BGB.

Vorbemerkung.

Bei der Entstehung des BGB haben wir folgende Entwürfe zu unterscheiden:

1. Entwurf des Redaktors,
2. Entwurf erster Beratung,
3. Entwurf erster Lesung,
4. Entwurf zweiter Lesung,
5. Bundesratsvorlage,
6. Reichstags- (bezw. Reichstagskommissions-)Vorlage.

1. Der Entwurf des Redaktors

(Für das Familienrecht: Planck, für den allgemeinen Teil: Gebhard).

Der Entwurf des Redaktors Planck nimmt seinen Ausgang von der Ehe als einem durch Vertrag begründeten Rechtsverhältnisse. Er unterscheidet noch, was später aufgegeben wurde, zwischen dem die Ehe begründenden, ja sie auch „bedingenden" (Begründung 160) „Eheschließungsvertrag" und dem „durch diesen Vertrag begründeten Zustandsverhältnis" (Begr. 14. 157/58)[37].

Daß der „Eheschließungsvertrag" ein Vertrag ist, läßt sich nach der Definition, die Planck (Begr. 160) dem Begriff des Vertrages gibt, nicht bezweifeln: „eine übereinstimmende, auf Eingehung eines bestimmten Rechtsverhältnisses gerichtete Willenserklärung zweier Personen". Nur läßt sich bezweifeln, ob es wirklich möglich ist, für alle Verträge in diesem weiten Sinne allgemeine Regeln aufzustellen. Dies schien schon der Redaktor des allgemeinen Teils eingesehen zu haben, wenn er gar keine allgemeinen Vorschriften über Verträge aufnahm (während doch Planck § 40 und Begr. 157/58 auf solche verweist!), sondern es dem Redaktor des allgemeinen Teils der Schuldverhältnisse überließ,

---

[37] Doch führt schon dieser Entwurf diese Unterscheidung nicht folgerichtig durch; so sagt § 43: „die Ehe ... wird für gültig angesehen, bis der Eheschließungsvertrag ... durch richtliches Urteil rechtskräftig für nichtig erklärt ist". Aber schon § 48 spricht davon, daß „die Ehe rechtskräftig für nichtig erklärt sei".

den schuldrechtlichen Vertrag zu regeln. Was Planck meinte, ist vielmehr geregelt im Allgemeinen Teil II. Abschn. II. T. 2. „Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte". Hier ließe sich aber wohl bezweifeln, ob es möglich ist, für alle Rechtsgeschäfte, auch die, bei denen öffentlichrechtliche Formalakte wesentlich sind, überhaupt allgemeine Bestimmungen aufzustellen [38]; vielmehr sind auch diese wesentlich im Hinblick auf die schuldrechtlichen Rechtsgeschäfte geschaffen. Unbedingt falsch war es aber, von der Nichtigkeit eines Vertrages ohne weiteres auch die Nichtigkeit eines Rechtszustandes zu folgern, der nicht nur durch diesen Vertrag, sondern auch durch einen — als solchen vielleicht ganz einwandfreien — Formalakt zustande kam.

Nachdem so dem Vertragsmomente die Huldigung gebracht ist, ja dieses scheinbar als der allein wesentliche Ausgangspunkt hingestellt ist, kommt doch das Formalaktsmoment auch noch zu seinem Rechte.

Das äußert sich in vielen Ausnahmen, die von den Bestimmungen des Allgemeinen Teils über Rechtsgeschäfte kaum noch etwas übrig lassen. Diese Bestimmungen des Allg. T. finden sich im zweiten Titel „das Rechtsgeschäft". I. Erfordernisse der Rechtsgeschäfte. 1. Geschäftsfähigkeit. § 82 (A.T.) „Minderjährige (§ 64 A.T. „bis zum zurückgelegten 21. Lebensjahre") . . . bedürfen zur Eingehung von Rechtsgeschäften . . . . der Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters". Personen über 21 Jahre — soweit sie nicht geschäftsbeschränkt sind — sind daher zur Eingehung von Rechtsgeschäften unbeschränkt fähig. Dagegen § 4 F.R.: „eine Ehe kann nur schließen, wer ehemündig." Abs. II: „Ehemündigkeit . . . des weiblichen Geschlechtes mit dem vollendeten 16. Lebensjahr." Abs. III „beim weiblichen Geschlecht ist Dispensation zulässig". § 5, Abs. I u. II. F.R. entsprechen den §§ 81 II und 82 I und II. A.T. (§ 5 II F.R. ist der Ausdruck „Genehmigung" nicht entsprechend; es muß, wie im § 82 II A.T. „Einwilligung" heißen), § 5 III F.R. bringt dann eine Ausnahme betr. Einwilligung des Vormundes und Pflegers. § 6 F.R. fügt zu der nach A.T. und nach § 5 F.R. erforderlichen „Genehmigung" des gesetzlichen Vertreters noch die der Eltern, auch wenn sie nicht gesetzliche Vertreter sind, bezw. der unehelichen Mutter. Dazu gibt Abs. 2 wieder etliche Ausnahmen.

---

[38] So bemerkte schon Pernice (466) mit Recht: In der Tat könnte man so weit gehen, geradezu zu behaupten, keine einzige Lehre, die man unter der Überschrift Rechtsgeschäft abzuhandeln pflegt, gelte für alle, oder gelte in gleicher Gestalt für alle Rechtsgeschäfte. Das läßt sich sogar noch für moderne Dogmatik aufrecht erhalten.

Außerdem aber sind auch schon in der Person der Vertragschließenden erhebliche Unterschiede gegenüber dem A.T. Es steht zwar nicht im Gesetz, daß dieser Vertrag nicht allgemein „eine übereinstimmende Willenserklärung zweier Personen" (aus Plancks Definition des Vertrages Begr. 160) ist, sondern daß ihn nur zwei Personen verschiedenen Geschlechts schließen können, doch muß man selbstverständlich dies als Wille dieses, wie aller Entwürfe annehmen, da der Begriff der Ehe es erfordert.

Dazu kommt noch der dauernde oder zeitliche Ausschluß der verschiedensten Gruppen von der Möglichkeit, diesen „Vertrag" zu schließen: F.R. § 10: Verwandte und Verschwägerte, § 11 bei Annahme an Kindesstatt, § 12: Ehebrecher, § 13: Wartezeit der Frau, § 14: Militär und Beamte, § 15: der Elternteil, der gewisse Pflichten gegenüber den Kindern noch zu erfüllen hat.

2. Willenserklärung. Entgegen den Bestimmungen des A.T. § 90 ist die Eheschließung nicht formlos, sondern bedarf einer bestimmten Form, (§§ 19—33 F.R.).

Wie das Zustandekommen, so wird auch die Beendigung der Ehe nach eigenen Regeln bestimmt. So führt das F.R. unter dem IV. Tit. „Beendigung der Ehe" nur an: 1. Scheidung (die zeitweise Trennung der Ehe gehört eigentlich nicht unter diesen Titel). 2. Beendigung der Ehe durch Tod und infolge Todeserklärung. — Die sonst bei Verträgen selbstverständliche Möglichkeit, den consensus durch dissensus zu beseitigen (dies fordert auch als notwendige Folge des Vertragsgedankens Cohen 35, 36 ähnlich Feick 7), wird hier nicht aufgeführt, ist also beim Eheschließungsvertrag nicht zulässig.

Dem Irrtum huldigend, daß die Bestimmungen des A.T. über Verträge oder Rechtsgeschäfte auch auf die Verträge des Eherechts anzuwenden seien, sagt dann § 40 F.R., „die Vorschriften dieses Gesetzes über Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Verträge finden auf den Vertrag, durch welchen eine Ehe geschlossen wird (Eheschließungsvertrag), nur mit folgenden Abweichungen und näheren Bestimmungen Anwendung". Dazu Begr. 157/58: „. . . ist die Ehe von rechtlicher Seite betrachtet, zwar kein Vertrag, aber doch ein durch Vertrag begründetes Rechtsverhältnis. Daraus ergibt sich der Satz, daß, soweit nicht das Wesen der Ehe (Anm. hier wäre besser und mit Recht gesagt „des Eheschließungsvertrages") und das sich daran knüpfende öffentliche Interesse etwas anderes fordern, die allgemeinen Vorschriften des Gesetzes über Nichtigkeit

und Anfechtbarkeit der Verträge auch auf den Vertrag, durch welchen die Ehe geschlossen wird (Eheschließungsvertrag), zur Anwendung zu bringen sein werden."

Aber schon die Nichtigkeits- (§ 41 F.R.), wie die Anfechtungsgründe (§ 51 F.R.) werden für den Ehevertrag ausschließlich bestimmt, der A.T. auch hier gänzlich ausgeschlossen.

Wie die Vorbedingungen, so sind auch die Folgen dieser sog. „Nichtigkeit" ganz andere als die im A.T.[39].

Im Sinne des A.T. kann eine „Tatsache der Außenwelt" (Gebhards Begr. II 2 II 190) entweder rechtlich wirksam oder rechtlich bedeutungslos sein; im letzteren Falle spricht man von der Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts. — Es ist natürlich unmöglich, daß es verschiedene Arten von rechtlichem Nichtsein eines Geschäftes gibt. Die sog. „Nichtigkeit" der Ehe bezw. des Eheschließungsvertrages[40] kennt aber Unterschiede, die sogar schließlich in ihrer inhaltlichen Wirkung so bedeutungs-

---

[39] Die Anfechtbarkeit entspricht insofern wenigstens, als nach Anfechtung Nichtigkeit ex tunc eintritt — „die begründete Anfechtung wirkt . . ., daß das Verhältnis so angesehen wird, als ob die Ehe nie bestanden hätte" (§ 58) — dem Begriff des A.T.; doch ist diese Nichtigkeit eben die des Eherechts (s. u.) und nicht die des A.T., daher unterscheidet sich die eherechtliche Anfechtung in ihren Folgen ebenso wie die eherechtliche Nichtigkeit von den entsprechenden Instituten des A.T.; dazu kommt dann — außer der besonderen Regelung der Anfechtungsgründe (s. o.) —, daß die Anfechtung des Eherechts nicht durch Erklärung gegenüber dem Vertragsgegner, sondern durch Erhebung einer Anfechtungsklage, und nach dem Tode des Anfechtungsgegners durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht (§ 55, 57) geltend gemacht werden muß.

[40] Es ist bemerkenswert, daß Planck nach der klaren Unterscheidung zwischen Eheschließungsvertrag und Ehe (s. o.) jetzt plötzlich von der Nichtigkeit des Eheschließungsvertrages ohne jede Begründung auf die Nichtigkeit des durch diesen Vertrag begründeten Rechtsverhältnisses „Ehe" überspringt, und auch diese immer als nichtig bezeichnet, wenn der Eheschließungsvertrag nichtig ist. Was ist das nun aber für eine Nichtigkeit? Planck verwies in § 40 und Begr. 157/58 auf den A.T. Der A.T. kennt nur „Ungültigkeit" (hier Oberbegriff von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit) der „Rechtsgeschäfte". Ist „Ehe" nun ein Rechtsgeschäft? — doch nur, wenn man Ehe und Eheschließung verwechselt! Oder soll der Begriff des A.T. analog angewendet werden? oder ist es im F.R. überhaupt ein anderer Begriff? — Wie wir noch sehen werden, ist, infolge der Anwendung des Wortes Nichtigkeit, dessen Begriff im A.T. im wesentlichen für schuldrechtliche Rechtsgeschäfte als festgestellt zu gelten hatte (s. § 123 des Gebhardschen Entwurfs), auf die „eherechtlichen Verträge", sogar auf das eherechtliche Rechtszustandsverhältnis, der alte Streit um den Begriff der Nichtigkeit wieder neu entfacht, den uns schon das römische Recht hinterlassen hatte.

voll sind, daß sie zeitweilig stärker erscheinen, als die Unterschiede zwischen der gültigen und der einen Art dieser „nichtigen" Ehen.

Es ist klar, daß hier nicht derselbe Begriff der Nichtigkeit gemeint sein kann, daß vielmehr der Versuch gemacht ist, zwei gänzlich verschiedene Begriffe in einem Worte zusammenzufassen und die Unzuträglichkeiten, die sich daraus notwendig ergeben mußten, durch Ausnahmen zu beseitigen. Leider hatte man nicht den Rat beherzigt, den Gebhard in seiner Begründung (190) gab: „es würde sich empfehlen, von Nichtigkeit nur in diesem Falle („falls eine Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes überall nicht und für keinen Zeitmoment stattfindet"), nicht aber auch dann zu reden, wenn das Rechtsgeschäft eine Zeitlang von rechtlicher Bedeutung gewesen ist und diese Bedeutung später verneint wird, somit für eine zeitlich spätere Betrachtung gleichgültig wird, ob der äußere Akt vorlag oder nicht, denn immerhin ist alsdann der äußere Akt nicht ohne alle Wirksamkeit in der Rechtswelt gewesen". Leider wird Gebhards Trost „doch wird ein Verstoß hiergegen nur einen Ausdrucksmangel bilden und nicht zu unrichtigen Folgerungen Anlaß geben" sich nicht bewahrheiten. Vielmehr ist dieser „Ausdrucksmangel", der allen Entwürfen bis zum Gesetze selbst treu geblieben ist, nicht nur ein Schönheitsfehler gewesen, sondern hat auch zu vielem Zweifel und zu mancher meines Erachtens unrichtigen Folgerung Anlaß gegeben.

Man hatte also unter dem Ausdruck „nichtige Ehe" das Verhältnis, das nicht allen, ja keiner der erforderlichen Formen der Eheschließung genügt hat („die wegen Formmangels nichtige Ehe"), also ein Verhältnis, das rechtlich überhaupt keine, auch nur vorläufige Ehefolgen hervorrufen kann, unter das auch die Konkubinate fallen, gleichgesetzt mit der ganz formgerecht geschlossenen, aber verbotenen Ehe, die dann auf Antrag vom Richter mit Wirkung ex tunc vernichtet werden kann („die wegen materiellen Mangels nichtige Ehe"). Die unmöglichen Folgen, die diese gedankliche Vergewaltigung bei unbeirrter Durchführung nach sich ziehen mußte, versuchte man durch Ausnahmen zu beseitigen.

Zunächst sonderte man in allen Fällen, wo man der „nichtigen Ehe" durch besondere Ausnahmebestimmungen alle möglichen Rechtsfolgen der gültigen Ehe, zum mindesten vorläufig, zubilligte, immer durch Wiederausnahme von der „nicht vorhandenen" die „völlig nicht vorhandene Ehe" ab. — Und zwar zog man die Grenze, wo die „nichtige Ehe" überhaupt noch — immer natürlich nur ausnahmsweise — Rechtsfolgen erhalten solle, dahin, daß die sämtlichen wesentlichen Formerforder-

nisse gewahrt sein mußten; ein entschiedener Sieg des Formalaktsgedankens [41].

Nachdem man sich davor gesichert hatte, den wirklich als Ehe „nicht vorhandenen" Verhältnissen nicht etwa doch noch Ehefolgen zuzubilligen, konnte man der ebenfalls als „nichtig" bezeichneten Ehe schon manches zubilligen, was sich mit dem Begriffe der Nichtigkeit allerdings nicht vertrug, und was daher immer als Ausnahme gebracht werden mußte.

So kam hauptsächlich der § 43 F.R. „Eine Ehe, welche nicht nach Maßgabe des § 41 V (Formmangel) nichtig ist, wird, solange sie nicht durch Tod oder Scheidung aufgelöst ist, für gültig angesehen, bis der Eheschließungsvertrag auf Grund einer Nichtigkeitsklage durch richterliches Urteil rechtskräftig für nichtig erklärt ist."

Die Bestimmung widerspricht dem A.T.: „Eine Nichtigkeitserklärung durch Richterspruch würde mit dem aufgestellten Begriffe der Nichtigkeit nicht harmonieren" (Gebhard Begr. 194) und wird auch von ihrem Verfasser Planck ausdrücklich, als „Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen über Nichtigkeit der Verträge" anerkannt (Begr. 181).

Eine notwendige Folge dieser Bestimmung ist die nächste Abweichung, daß *diese* „Nichtigkeit" nicht nebenbei in einem anderen Rechtsstreite geltend gemacht werden kann. Daher muß dieser dann bis zur Erledigung dieser Frage ausgesetzt werden (§ 47 F.R.).

Nicht ganz folgerichtig ist auch § 48 F.R.: war die Ehe von vornherein nichtig, ist also, wie der Redaktor in der Begründung sagt (S. 181), „das Urteil (das eine Ehe für nichtig erklärt) lediglich deklaratorischer Natur und spricht nur aus, daß eine Ehe nur zum Schein bestanden habe", so hat sie eben niemals bestanden und es ist nicht erst ein § 48 nötig, der verfügt, daß nunmehr „das Verhältnis so angesehen wird, *als habe die Ehe nie bestanden*".

Für gutgläubige Dritte muß eine weitere Ausnahme geschaffen werden: ihre „Rechtsgeschäfte sind so zu beurteilen, als wenn die Ehe gültig gewesen wäre". § 49 I F.R.

---

[41] Ob es richtig war, diese „Nichtehe" so abzugrenzen, so daß also bei dem geringsten Verstoß gegen ein als wesentlich bezeichnetes Formerfordernis das Verhältnis ganz die gleiche rechtliche Behandlung erfuhr, wie die Konkubinate, soll erst später erörtert werden. Hier genüge die Feststellung des Fortschritts, daß man sich wenigstens des Unterschieds zwischen einem Konkubinat und einer verbotenen Ehe bewußt wurde, mochte auch die Grenze noch nicht richtig gezogen sein.

Davon wieder die Ausnahme: dies tritt nicht ein, wenn die Nichtigkeitsklage erhoben ist, als das Rechtsgeschäft geschlossen wurde.

Und endlich davon die Ausnahme; es tritt doch ein, wenn dem Dritten die Erhebung der Nichtigkeitsklage unbekannt war. § 49 II [42].

Die nächste Ausnahme gilt dem Schutze des wegen des Ehehindernisses gutgläubigen Gatten: zu seinen Gunsten werden drei Fiktionen aufgestellt:

I. daß eine gültige Ehe dagewesen,

II. daß diese fingierte gültige Ehe geschieden und

III. der bösgläubige Teil bei der fingierten Scheidung der fingierten gültigen Ehe für den schuldigen Teil erklärt wäre. § 50 F.R. Diese Ausnahme mit ihren Fiktionen dehnt dann noch Abs. II zugunsten des Ehegatten aus, der bei Schließung der Ehe geschäftsunfähig war.

Eine ganz neue Einrichtung bringt dieser Familienrechtsentwurf gegenüber dem A.T.: diese Nichtigkeit — also das Nichtvorhandensein für das Recht? — kann sogar geheilt werden, wenn nämlich die Nichtigkeit „auf dem Mangel der Ehemündigkeit beruht", und „der nicht Ehemündige ehemündig wird, oder Dispensation erlangt" — natürlich nur vor Auflösung der Ehe (§ 42). Diese nie und dann nachher doch von vornherein gültig vorhandene Ehe kann dann aber durch Anfechtung wieder zu einer von Anfang an „nicht vorhandenen" gemacht werden. § 51 V.

Als letzte Ausnahme vom Grundsatze der Nichtigkeit sei noch erwähnt, daß bei einer (natürlich „unter Beobachtung der vorgeschriebenen Form geschlossenen") nichtigen Ehe, wenn auch nur der eine Teil gutgläubig war, die „in einer solchen Ehe geborenen Kinder" als ehelich gelten. § 403 F.R.

Natürlich gilt dies auch entsprechend für Kinder aus anfechtbaren und angefochtenen Ehen. § 408 F.R.

Schließlich gehört auch noch hierher, daß die Frage des Bestehens und Nichtbestehens sowie der Nichtigkeit und Gültigkeit der Ehe

I. nicht im gewöhnlichen Feststellungsverfahren geltend gemacht werden kann, sondern als Ehesache besonders geregelt ist,

---

[42] Als Ausnahme zu § 49 I und II wäre noch zu bemerken, daß, wenn die Ehe infolge erfolgreicher Anfechtung nichtig ist, „die Rechtswirkung einer Rechtshandlung, welche die Befriedigung bestehender Ansprüche bezweckt, ohne Rücksicht darauf, ob dritte, mit welchen die Rechtshandlung vorgenommen war, ... so zu beurteilen ist, als wenn die Ehe gültig gewesen wäre". § 59 II F.R.

II. in zwei verschiedenen Prozeßarten behandelt werden
   a) der Ehefeststellungsprozeß — § 34 F.R. und §§ 568—592 der Z.P.O. von 1879, abgeändert durch § 35 II—V und §§ 37—39 F.R. und
   b) der Ehenichtigkeitsprozeß — §§ 44—46 F.R., entsprechende Anwendung auch der oben erwähnten Paragraphen — und der Eheanfechtungsprozeß: §§ 55, 56, 60, 61 F.R. und §§ 568—584 Z.P.O.

Der Grundsatz, daß das nichtige Rechtsgeschäft für die Rechtsordnung nicht vorhanden sei (§ 123 A.T.), ist demnach durch so viele Ausnahmen und Fiktionen durchbrochen, daß ein Teil der als nichtig bezeichneten Ehen bis zur Nichtigkeitserklärung (oder sonstigen Auflösung) alle Wirkungen der gültigen Ehe hat und nach diesem Zeitpunkt noch verschiedene dieser Wirkungen erzeugt. Dieser Teil der „nichtigen Ehen" entspricht nicht mehr dem vorgezeichneten Begriffe der Nichtigkeit, wenn er auch den Namen noch führt.

2. Der Entwurf erster Beratung

Der nächste Entwurf wurde 1885 als „Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Erste Beratung" fertiggestellt.

Auch dieser Entwurf geht, wie seine Vorgänger und Nachfolger, von dem Gedanken aus, daß die Ehe rechtlich im wesentlichen ein Rechtsgeschäft und zwar ein gegenseitiger Vertrag im Sinne des allgemeinen Teils sei[43].

Allerdings unterscheidet er sich von seinem Vorgänger dadurch, daß er das Vertragsmoment nicht so sehr in den Vordergrund stellt; namentlich fehlt bei ihm der Ausdruck Eheschließungsvertrag, der, wenn man schon die Ehe wesentlich als ein durch Vertrag begründetes Rechtsver-

[43] War es schon ein Fehler des Planckschen Entwurfs, auf die Bestimmungen über Verträge zu verweisen, während der Vertrag gar nicht im A.T., sondern — mit Recht — unter den Schuldverhältnissen geregelt war, so hat dieser Entwurf den Widerspruch nicht dadurch ausgeglichen, daß er die Folgen des Eheschließungsaktes einfach nach allen Richtungen für sich bestimmte, wie es einem derartigen Institute schon angemessen gewesen wäre. Er beging vielmehr den neuen Fehler, die Bestimmungen über den schuldrechtlichen Vertrag in den A.T. zu übernehmen und so den für das zweite Buch gedachten Bestimmungen auch für die anderen Bücher Gültigkeit zu verleihen. Dadurch wurden zahlreiche Ausnahmen nötig, die doch nicht verhindern konnten, daß einmal eine Lücke bleibt. Dann erhebt sich aber sogleich die Frage, ob man eine solche Lücke — dem Gesetze gehorsam, aber mit falschem Ergebnis — nach den schuldrechtlichen Regeln des A.T. oder — entgegen der Bedeutung des A.T., aber mit besserem Ergebnisse — nach den Grundgedanken dieses besonderen Instituts analog regeln soll.

hältnis auffaßt, ganz angebracht gewesen wäre. So fehlt auch eine Bestimmung, die das Vertragsmoment und den Grundsatz, daß, soweit nicht Ausnahmen vorliegen, die Bestimmung des A.L. gelten, so folgerecht und klar ausdrückt, wie der § 40 des vorigen Entwurfs. Vielmehr wird das Durcheinanderwerfen von Nichtigkeitserklärung des Eheschließungsvertrags und Nichtigkeit der Ehe, das — trotz seines § 40 — der Planckschе Entwurf schon in §§ 43, 48 (s. o.) begann, hier noch mehr begünstigt, dadurch, daß § 1222 von vornherein sagt: „die Ehe ist nur dann nichtig."

Im übrigen gleicht dieser Entwurf in seinen Grundzügen ganz seinem Vorgänger: Person der Kontrahenten, Geschäftsfähigkeit, Ehemündigkeit und Zustimmung, Form des Vertrages, Beendigungsmöglichkeiten, Voraussetzungen, Folgen [44], „Arten", und Heilungsmöglichkeiten [45] der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, endlich ihre Geltendmachung im Rechtsstreit (1. als Ehesache 2. die zwei Arten: Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der Ehe und Nichtigkeits- oder Anfechtungsklage), alles das ist für diesen „Vertrag" besonders und abweichend vom A.L. geregelt, und zwar, da es doch nun einmal ein „Vertrag" sein soll, auf den der A.L. Anwendung finden muß, immer in Form von Ausnahmen und Wiederausnahmen, Fiktionen usw.

Auch dieser Entwurf gibt nicht an, was er unter Nichtigkeit einer Ehe versteht; daß auch er damit zwei grundverschiedene Begriffe in ein Wort zusammenfaßt, zeigt am besten die Gegenüberstellung von § 1224

---

[44] Hier findet sich die wichtige Abweichung vom vorigen Entwurf, daß § 526 die Folgen der Ehe auch bei Bösgläubigkeit beider Eltern, für die Kinder aus formgültigen Ehen eintreten läßt. Damit hat dieser Entwurf die gemeinrechtlich-kanonische Rechtsprechung und Rechtslehre verlassen, nach der die Ausnahmen bei der nichtigen Ehe vom Standpunkte des guten Glaubens anzuordnen sind, es also nur „Putativehen" gibt. Er hat vielmehr mit dem römischen Rechte, dem A.L.R. und dem Gothaischen Recht anerkannt, daß auch die Rücksicht auf die Kinder ein Grund ist, der dem guten Glauben gleichberechtigt zur Seite steht. In den späteren Entwürfen ist dann dieser Standpunkt allerdings wieder verlassen worden.

[45] Diese sind insoweit eingeschränkt, als es nicht mehr, wie in Plancks Entwurf § 42, genügt, daß der eheunmündige Teil ehemündig wird, sondern nach § 1223 auch noch seine Genehmigung erforderlich ist. Die nach § 42, § 51 V Plancks Entwurf zulässige Anfechtung bleibt insofern, als der Genehmigende die Genehmigung anfechten kann, wenn er zur Zeit der Genehmigung geschäftsbeschränkt war und sein gesetzlicher Vertreter zu dieser Genehmigung seine Einwilligung nicht erteilt hatte. Andererseits ist die Heilungsmöglichkeit dadurch erweitert, daß sie auf alle Nichtigkeitsfälle wegen Geschäftsunfähigkeit ausgedehnt ist, also auch die Eheschließung vorübergehend Geisteskranker betrifft.

II, der dem § 108 (entsprechend dem § 123 des Gebhardschen Entwurfs) entspricht, und § 1224 I [46].

Da auch die beiden Arten der Nichtigkeit ebenso abgegrenzt sind, wie in Plancks Entwurf, bietet uns der Entwurf keine weitere Neuerung; wir können uns daher seinem Nachfolger zuwenden.

3. Der Entwurf erster Lesung

Wir wenden uns jetzt zu dem „Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Erste Lesung. Ausgearbeitet durch die von dem Bundesrate berufene Kommission 1888".

Dieser Entwurf gleicht in allen Stellen, die für unsere Frage von Bedeutung sind, völlig seinem Vorgänger.

Daß auch er äußerlich das Hauptgewicht auf das Vertragsmoment legt, zeigt nicht nur die seinen Vorgängern gleiche Art der Darstellung, sondern wird auch ausdrücklich von den Motiven ausgesprochen (S. 10): „da . . . durch die Aufnahme der Bestimmung" (§ 1231: „eine geschäftsunfähige Person kann eine Ehe nicht schließen"), jeder Zweifel darüber ausgeschlossen wird, daß in der Eheschließung ein rechtsgeschäftlicher Akt, ein Vertrag, zu finden ist (vgl. A.L.R. usw. . . .)". Gegen den Satz in dieser Form läßt sich natürlich nichts sagen. Wohl aber, daß jeder Hinweis fehlt auf die rechtliche, nicht nur moralische und soziale Eigenart dieses Vertrages [47], auf den Unterschied von Eheschließungsvertrag und Ehe, auf die Frage, ob und wie etwa Bestimmungen über Verträge auch auf Rechtszustandsverhältnisse angewendet werden können. So sind auch in diesem Entwurf (und in seinen Nachfolgern) all die Fehlerquellen zu finden, die ihre Ursache darin haben, daß man diese Fragestellungen, die ihren letzten Grund in der Formalaktsnatur der Eheschließung haben, nicht erkannte, oder nicht genügend berücksichtigte. So Motive 43, 44 „im Anschlusse an die allgemeinen Grundsätze des BGB. über Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte (§§ 108—113) entscheidet der Entwurf auch bei der Ehe . . .". Die Ehe ist aber gar kein Rechtsgeschäft, sondern ein Rechtszustand, ein Rechtsverhältnis! — Dementsprechend dann S. 44 „anlangend zunächst die Nichtigkeit der

---

[46] Übrigens gilt auch keine einzige Bestimmung in diesem Entwurfe für die beiden mit demselben Worte bezeichneten Begriffe gemeinsam.

[47] Wenn die Motive 562 betonen, daß „die Ehe als eine vom Willen der Gatten unabhängige sittliche und rechtliche Ordnung anzusehen ist", so hat der Entwurf doch, wie seine Nachfolger, die Folgerung aus diesem Satze nur dort gezogen, wo dieser Satz zu finden ist, nämlich bei der Scheidung der Ehe, nicht aber bei der Nichtigkeit.

Ehe, so kommen die allgemeinen Grundsätze über die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes nach Maßgabe des § 108 ohne weiteres zur Anwendung, wenn die Ehe nicht in der vorgeschriebenen Form geschlossen ist. Beruht dagegen die Nichtigkeit nicht auf einem Formmangel . . .“; und „die Bestimmungen über Anfechtbarkeit der Ehe weichen von den allgemeinen Grundsätzen über Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäftes (§§ 112, 113) namentlich darin ab . . . .“. Dabei spricht der Entwurf es selbst ganz eindeutig aus, daß er zwei grundverschiedene Arten nichtiger Ehen kennt! Es lautet der § 1252:

„Eine nichtige Ehe, deren Nichtigkeit nicht auf einem Formmangel bei der Eheschließung beruht, ist so lange als gültig anzusehen, bis sie aufgelöst oder für ungültig erklärt ist.“

„Wenn die Nichtigkeit der Ehe auf einem Formmangel bei der Eheschließung beruht oder eine aus einem anderen Grunde nichtige Ehe aufgelöst oder für ungültig erklärt ist, so ist es so anzusehen, als ob die Ehe nicht geschlossen wäre.“

4. Die Kritik dieses Entwurfs

Da dieser Entwurf der erste war, der der weiteren Öffentlichkeit bekannt gegeben wurde (daher gewöhnlich als E. I. zitiert), so setzte auch bei ihm zuerst die öffentliche Kritik ein, auch in den Fragen, die für uns von Bedeutung sind. Namentlich empfand man allseitig die Behandlung der Ehen, bei denen auch nur der kleinste Verstoß gegen eine wesentliche Formvorschrift vorgekommen war, als viel zu hart und unbillig und als einen Verstoß gegen die Rechtssicherheit; besonders der Vergleich mit der vergleichsweise günstigen Behandlung auch der an den schwersten materiellen Mängeln krankenden Ehen forderte zu scharfer Kritik heraus. Da man aber (im allgemeinen) nicht erkannte, daß die gerügten Übelstände nur die notwendigen Folgerungen aus etlichen falschen Grundsätzen und Voraussetzungen waren, griff man nicht die Ursache an, sondern suchte an den einzelnen schlimmen Folgen zu bessern. So kam es, daß man allerlei weitere Fiktionen und Ausnahmen forderte, die geeignet waren, die mühsam kaum noch aufrecht erhaltene Durchführung der Grundanschauung [48] ganz erheblich zu gefährden, — wenn

[48] Daß schon durch die Regelung des vorliegenden Entwurfs die folgerechte Durchführung des zugrunde liegenden Gedankens erhebliche Einbuße erlitten hat, erkennt sehr richtig Fischer-Gr. 326 ff. „die für den Richter, wie für den Gesetzgeber, allgemein gültige natürliche Vorschrift: non ex regula jus summatur, sed ex jure, quod est, regula fiat (fr. 1. D. 50, 17) verlangt, daß eine solche allgemeine Regel, wenn auch im Ein-

nicht sie selbst aufzuheben — und die Regelung dieses Instituts nunmehr gänzlich unübersichtlich und unklar zu machen.

Immerhin war dies — wenn man es schon vermied, an die Grundlagen zu tasten, der einzige Weg, den schlimmsten Härten und Unbilligkeiten zu entgehen. Die meisten wesentlichen Punkte dieser Einzelkritik sind daher auch angenommen und in dem nächsten Entwurfe, wie auch im Gesetze selbst, wieder zu finden.

A. Rein äußerlich sucht man unbilligen Ergebnissen dadurch vorzubeugen, daß man die Fälle der Formnichtigkeit nach Möglichkeit einschränkt. Hierfür werden 5 Mittel vorgeschlagen:

I. Die Bestimmung der §§ 1245 II 1250 Nr. 1, daß Formnichtigkeit eintreten soll, wenn der Standesbeamte außerhalb seines Amtsbezirks gehandelt hat, wollen beseitigen: Fischer-Gr. 334 und sonst, Hinschius Arch. 64, Spahn 38 ff. und 42, Hessen (Z.A.B. II, 32) und Stolterfoth 83 (sehr vorsichtig: „es dürfte sich wohl eine nochmalige eingehende Prüfung empfehlen, ob ein ausreichender Grund vorliegt, die außerhalb des Amtsbezirks geschlossene Ehe als nichtig zu erachten"); ferner Bayern (Z. Ae. B. I 139), jedoch nur unter der Voraussetzung, daß die „Eheschließung von einem Standesbeamten in Gegenwart der Eheschließenden in das von ihm geführte Heiratsregister eingetragen" ist[49] und Preußen (Z.A.B. I 138), das vorschlägt, wenigstens „der richterlichen Entscheidung zu belassen, inwiefern unter Umständen ein außerhalb seines Bezirkes handelnder Standesbeamter im Einzelfalle als Standesbeamter gelten könne". Die gleiche Ansicht vertritt Klöppel 78, 79[50].

II. Die Ehe soll nicht nichtig sein, wenn bei Bestellung des Standesbeamten ein Formmangel vorlag, dieser also im strengen Sinne gar kein

---

zelnen Ausnahmen gemacht sein sollten, doch im ganzen den gegebenen Einzelbestimmungen entspricht. Davon ist aber hier, wo eine sehr eingehende Einzelregelung fast durchweg mit dem Prinzip im Widerspruch steht, nicht die Rede, und deshalb muß die Regel fallen. Es erübrigt sich dann nur noch zu prüfen, ob die in Aussicht genommenen Spezialbestimmungen etwa lückenhaft sind, um im Bejahungsfalle diese Lücken zu ergänzen und vielleicht noch zur Vorsicht zu bestimmen, daß die nichtige Ehe weitere rechtliche Wirkungen als die im Einzelnen verordneten nicht hat".

[49] Hier tritt wohl zum ersten Male die subsidiär-wesentliche Bedeutung des Heiratsregisters auf, die für die Bestimmungen der nächsten Entwürfe und des Gesetzes noch — wenn auch auf andere Weise — so wichtig wurde.

[50] Und zwar will er, daß, auch wenn der Standesbeamte nach richterlicher Entscheidung nicht als solcher zu gelten hat, die Ehe nur anfechtbar, nicht nichtig sei. — Dies entspricht seiner sonstigen Stellung s. u. S. 49.

Standesbeamter war, und die Brautleute über diesen Punkt im guten Glauben waren. Preußen Z.Ä.B. I 138, ähnlich Württemberg Z.Ä.B. I 143[51].

III. Ein Verstoß gegen die Bestimmung, daß zwei Zeugen gegenwärtig sein müssen, soll keine Nichtgikeit nach sich ziehen, diese Bestimmung soll Ordnungsvorschrift werden. Preußen, Sachsen und Württemberg, Z.Ä.B. I 138, 141, 143. (Für Beibehaltung der Zeugen als wesentliches Formerfordernis trat nur Klöppel 79 ein.)

IV. Ferner soll der Ausspruch des Standesbeamten wegfallen, so Spahn 38 ff., Pfizer D.N. 97 ff., Klöppel 79, 80, v. Hammerstein 498.

V. Auch auf einem anderen Wege will man das Ziel — Verminderung der wegen Formmangels nichtigen Ehen und dadurch Milderung jener unbilligen Bestimmungen — erreichen: es soll für diese Ehen eine nachträgliche Heilung (ex tunc) möglich werden, wenn, ohne daß eine Nichtigkeitserklärung[52] erfolgte,

a) eine bestimmte Zeit abgelaufen ist, Spahn 44 ff., Sachsen Z.Ä.B. I 141/42 und Fischer (Gr. 334 und sonst), der auch eventualiter vorschlägt, daß in diesem Falle wenigstens den Kindern gegenüber die Nichtigkeit nicht mehr geltend gemacht werden dürfte,

b) oder die Ehe aufgelöst wird durch Tod (Fischer, Spahn. Sachsen),

c) oder überhaupt, worunter also auch der Fall der Scheidung begriffen wäre. Sachsen.

Nicht näher erörtert, weil nicht praktisch geworden, sollen hier die Vorschläge werden, deren Annahme den wahren Charakter der „Nichtigkeit" der Ehe in Gegensatz zur Nichtigkeit des A.T. noch klarer hätte hervortreten lassen, nämlich 1. daß dem oder den gutgläubigen Gatten (bei formgültiger Ehe) „bis zur Auflösung oder Ungültigkeitserklärung die Wirkung einer gültigen Ehe — mit Ausnahme der erbrechtlichen Wir-

---

[51] Hierher wären dann wohl auch die Vorschläge zu zählen, daß dem Standesbeamten allgemein auch der gleich stehen soll, den die Verlobten dafür hielten, oder der, ohne es zu sein, doch dieses Amt öffentlich ausübte. Bayern und Württemberg, Z.Ä.B. I 139 und 143, die beide auch noch guten Glauben des Standesbeamten selbst fordern; ferner Sachsen Z.Ä.B. I 140/41 § 1245 und Fischer-Gr. 181 ff., 290 ff.

[52] Das setzt voraus, daß auch für alle wegen Formmangels nichtigen Ehen oder doch für die, denen man diese Heilung ermöglichen will, die Notwendigkeit der Nichtigkeitsklage ebenso eingeführt wird, wie es der Entwurf für die „wegen materiellen Mangels nichtigen Ehen" vorsah. Dies wird allerdings von den betreffenden Kritikern gefordert (s. u.).

kung" — zuzubilligen seien (Elsaß-Lothringen Z.ÄB. II 130/31 und Spahn 42, wozu ja schon ein Anfang — aber auch nicht mehr — in dem § 1258 des Entwurfs gemacht war, dem ungefähr der § 1345 des Gesetzes entspricht). 2. Auch die erbrechtlichen Wirkungen soll die nichtige Ehe für den gutgläubigen Gatten haben. — Spahn 42.

B. Bedeutend näher kommen schon dem Problem die Kritiker, die erkannten, daß die Scheidung in formelle und materielle Nichtigkeit willkürlich war. — Was hieß denn überhaupt materielle Nichtigkeit? War z. B. die völlige Geschäftsunfähigkeit nicht auch ein Mangel der erforderlichen Form ebenso wie der Mangel persönlicher Anwesenheit eines Verlobten? — Man erkannte, daß es falsch sei, die mangelhafte sog. „nichtige Ehe" von der rechtlich nicht vorhandenen „nichtigen Ehe" da abzugrenzen, wo es der Entwurf tat. Auch die Ehe, bei deren Abschluß erhebliche Verstöße gegen die vorgeschriebene Form vorgekommen waren, konnte doch eine wirkliche Ehe darstellen, welche verdiente, auch rechtlich erheblich zu sein, wenn sie auch mit einem — vielleicht für ihre rechtliche Bedeutung tödlichen — Mangel behaftet war.

Aus der Erkenntnis, daß jene Abgrenzung falsch sei, konnte allerdings die praktische Folgerung, daß sie zu beseitigen sei, nur gezogen werden, wenn zu ihr die weitere Erkentnis kam, daß auch der bisherige Begriff der „wegen Formmangel nichtigen Ehe" tatsächlich zwei grundverschiedene Verhältnisse umfasse, von denen nur dem einen die Stellung einer mangelhaften, aber zum mindesten vorläufig gültigen Ehe eingeräumt werden konnte.

Die „wegen Formmangels nichtige Ehe" umfaßt nämlich:

a) solche Verhältnisse, bei denen gewöhnlich der Abschluß einer Ehe beabsichtigt war, bei denen auch nach außen der Schein einer Ehe vorliegt, bei deren Abschluß aber eine wesentliche Form nicht beachtet war. Diese Ehen sind — wie die materiell-nichtigen Ehen — fehlerhaft, so daß sogar der Mangel später vielleicht zur Vernichtung führt; aber sie sind doch vorhanden und sollten auch rechtlich erheblich sein; die gleichen Gründe, die für die Zubilligung gewisser Ehewirkungen an jene sprechen, liegen auch hier vor.

b) die übrigen „wegen Formmangels nichtigen Ehen". Der Ausdruck sagt eigentlich nichts; denn der Begriff ist ja nur durch eine Verneinung umgrenzt: „ein Etwas, das nicht formgültige Ehe ist" — und das nicht unter a) fällt. Daher würde alles

Denkbare unter diesen Begriff fallen können — außer der formgültigen Ehe und den Verhältnissen unter a). — Um mit diesem Ausdruck überhaupt arbeiten zu können, werden wir ihn also richtiger im engeren Sinne nehmen: „ein Etwas, das — wenn noch die nötige Form gewahrt wäre — formgültige Ehe wäre". Da wir schon zu a) die Verhältnisse, die Ehen werden sollten, der Form jedoch nicht ganz genügten, abgesondert haben, erhalten wir als zweite, ganz andere Gruppe zu b) die Verhältnisse, bei deren Zustandekommen auch nicht einmal der Schein einer Ehe erweckt wurde und im allgemeinen auch gar nicht beabsichtigt war, (also die Konkubinate). Hier liegt natürlich kein Grund vor, den Beteiligten oder ihren Kindern irgend eine der besonderen Folgen der Ehe zuzubilligen — unser Recht verzichtet auch im Gegensatz zum römischen Recht darauf, diese dauernde außereheliche Geschlechtsgemeinschaft anders zu behandeln als den vorübergehenden Geschlechtsverkehr [53].

Aus diesen Ausführungen ergibt sich, daß es nur zulässig ist, den unter a) genannten form-nichtigen Ehen die Stellung der materiell-nichtigen Ehen zu geben. Es ist daher anzunehmen, daß auch die Kritiker, die die Gleichstellung der form-nichtigen mit den materiell-nichtigen Ehen fordern, ohne, wie es die meisten dann tun, eine Grenze anzugeben, wo sie diese form-nichtige Ehe vom Konkubinate trennen wollen, doch ebenfalls eine solche Grenze im Auge hatten, und zwar kann man, aus sachlichen wie geschichtlichen Gründen, vermuten, daß sie sich diese Grenze beim Abschluß der Ehe durch einen Standesbeamten dachten. Es gilt dies für Źrodlówsky (55), den preußischen Minister für geistliche usw. Angelegenheiten (Z.A.B. II 129), Koburg-Gotha (Z.A.B. II 33) und Baden Z.A.B. I 143/44); bei letzterem wird uns unsere Ansicht auch noch dadurch bestärkt, daß es wünscht, die übrigen (die dauernden) Wirkungen der Putativehe möchten bei den form-nichtigen Ehen nicht „unbedingt" ausgeschlossen sein, also damit die Notwendigkeit eine Bedingung, Grenzsetzung zugibt.

[53] Eine Frage nicht der begrifflichen Abgrenzung, sondern zwecksetzender Rechtspolitik ist es, ob es angebracht ist, diejenigen mangelhaften Ehen (materiellnichtigen und die formnichtigen zu a), bei denen beide Verlobten im Augenblick des Abschlusses den Mangel (oder seine rechtliche Bedeutung: vgl. den Streit über die Erheblichkeit des Rechtsirrtums im gemeinen Recht S. 12 ff.) kannten, ebenso wie die Verhältnisse zu b zu behandeln. Diese Ausnahme wäre sachlich wohl begründet: es sollen die Verlobten nicht auf unrechtmäßige Weise erreichen können, was sie rechtmäßig nicht erlangen konnten oder wollten.

Die anderen Schriftsteller geben das ausdrücklich an: einer Anzahl der wegen Formmangels nichtigen Ehen soll die Stellung der materiell-nichtigen Ehen gegeben werden. Und zwar werden drei neue Grenzen angegeben.

I. Das Erscheinen der Verlobten vor einem Standesbeamten. Klöppel [54] 72 ff., 78 ff., Hinschius Arch. 64, 76, 77, Gierke 299, Fischer Gr. 334, Spahn 44, Hessen, Lippe, Sachsen und Anhalt (letzteres unter Berufung auf Klöppel, Gierke und Hinschius) Z.Ä.B. II 32, 33 I 144, I 141, I 144; auch Württemberg Z.Ä.B. I 143 will wenigstens, wenn nicht jene kleinen Änderungen (s. o.) angenommen werden, d i e s e n formmangelhaften Ehen jene Rechte erteilen [54].

II. Erweiterung auch für den Fall des vermeintlichen Standesbeamten. Fischer, Gierke, Spahn, Sachsen, Hessen. Hierher wären auch noch die zu zählen, die wie Bayern und Württemberg überhaupt für die rechtliche Gleichstellung des Standesbeamten und des vermeintlichen Standesbeamten eintreten.

III. Fischer Gr. 323 ff. ist „auch das noch zu formalistisch". — „Wollte man eine gesetzliche Voraussetzung aufstellen, so würde ich den Satz vorschlagen: „sofern der Abschluß einer Ehe in irgend einer Form stattgefunden hat o d e r die Beteiligten öffentlich als Eheleute gelebt haben". Ich glaube aber, daß eine Bestimmung überhaupt entbehrlich ist, daß man es der Praxis überlassen kann, die Unterscheidung im einzelnen Falle zu machen." Hier geht aber doch Fischer wohl zu weit; zwar entspräche diese Bestimmung am meisten den Rücksichten auf die Beteiligten und auf die Sicherheit des Verkehrs — aber der Staat kommt denn doch insoweit zu kurz, als dadurch sein Grundsatz der obligatorischen Zivilehe vernichtet würde. „Irgend eine Form" ist auch die Eheschließung

---

[54] Klöppel nimmt insofern eine Sonderstellung ein, als er diese Ehen nicht nichtig, sondern anfechtbar werden, wie er auch bei Mangel der Geschäftsfähigkeit Anfechtbarkeit eintreten lassen will. (Er berührt sich hier mit Fischer Gr. 280 Anm. 1, der die Frage aufwirft, ob diese Fälle nicht richtiger zu den Anfechtungsgründen zu nehmen wären) — weil die dort zulässige Heilung dem Wesen der Nichtigkeit widerspreche. Würde er noch näher das Wesen der Nichtigkeit — nach den Bestimmungen des Entwurfs A.T. — untersucht haben, so würde er gefunden haben, daß auch die anderen materiell-nichtigen Ehen nicht unter jenen Begriff passen, sondern eher unter den der Anfechtbarkeit, und daß die „ganz nichtigen nicht bestehenden Ehen", die nach seiner Ansicht überhaupt nicht unter die Bestimmungen über Nichtigkeit der Ehe gehören, in Wahrheit die einzigen sind, die dem Nichtigkeitsbegriff des A.T. entsprechen, nämlich als Ehen nicht vorhanden, k e i n e Ehen sind.

vor dem Geistlichen oder vor einem Freunde usw. . Fischer übersah, worauf Klöppel 73 mit Recht aufmerksam macht, daß nämlich „die Erklärung vor dem Standesbeamten nicht zur Form gehört, sondern die Sache selbst ist, eben jene Rechtshandlung, an welche die rechtlichen Folgen der Ehe gebunden sind".

Übrigens zieht Fischer selbst zum Schluß seiner Ausführungen (S. 334) diese Folgen nicht, sondern beschränkt sich darauf, unter Zustimmung zu I und II (s. o.) noch eine Bestimmung zu verlangen, „welche aus dem Vorhandensein eines Eheverhältnisses eine Präsumption auf den standesamtlichen Abschluß und eventuell aus diesem auf die Beobachtung der wesentlichen Förmlichkeiten" ausspricht. Hier berührt er sich mit Spahn, insofern als dieser die Vermutung auf ordnungsmäßige standesamtliche Eheschließung aus der kirchlichen Trauung abgeleitet wissen will, mit der Begründung, daß ja dem Geistlichen verboten sei, ohne standesamtliche Eheschließung zu trauen.

C. Die jetzt folgenden Kritiker berühren die wahren Ursachen der Mängel des Entwurfs einzeln, ohne sie allerdings zu erschöpfen.

I. Einen recht wunden Punkt in der Regelung unserer Frage durch den Entwurf deckt Fischer Gr. 326 ff. auf: er erklärt, daß die allgemeine Regel des § 1252 im entschiedenen Widerspruche mit der gegebenen Einzelregelung stehe und daher fallen müsse (s. o. S. 44. 45. Anm. die wörtliche Anführung seiner Äußerung).

II. Die nächste Ursache dieses von Fischer aufgedeckten Widerspruchs finden die Schriftsteller, die erkennen, daß die Nichtigkeit — wenigstens der materiell-nichtigen — Ehe, etwas begrifflich durchaus Verschiedenes ist von der Nichtigkeit des A.T. = Nichtvorhandensein. Klöppel 74, 75, Gierke 399, Zitelmann Rg. II 70, Bekker S. 44, Hinschius Arch. 63, Fischer Gr. 259, 328 ff., der allerdings ganz allgemein auch für den A.T. die Unterscheidung des rechtlichen Nichts von der Nichtigkeit fordert und wohl auch Spahn 44, wenn er die unrichtige Fiktion bekämpft, daß die Ehe nachträglich rückwärts als nicht abgeschlossen gelten solle.

III. Ein weiterer Schritt ist die Erkenntnis, daß die bezeichnenden Mißstände beruhen

a) auf dem Durcheinanderwerfen einerseits „der Rechtshandlung des Eheabschlusses selbst mit ihren Formen" (Klöppel 74), und andererseits des Rechtszustandes der Ehe mit der Rechtshandlung des Eheabschlusses.

b) auf der Behandlung der Ehe im wesentlichen nur als Vertrag und zwar nur als schuldrechtlicher Vertrag — ein Erbe der naturrechtlichen Auffassung, worauf Klöppel und Schilling mit Recht hinweisen. Siehe auch Feick 9 ff.

Die Erkenntnis dieses Mangels war insofern erschwert, als die Ehe äußerlich im Entwurfe gar nicht als schuldrechtlicher Vertrag behandelt war, sondern nur nach den allgemeinen Regeln über Verträge. — Zwar ist es, wenn man den Begriff Vertrag so weit faßt, daß auch die Ehe darunter fällt, gar nicht möglich, für ihn allgemeine Regeln von irgendwelcher Erheblichkeit aufzustellen[55]. Daher haben dann auch unser Entwurf und seine Nachfolger nur die Regeln über den schuldrechtlichen Vertrag als diese allgemeinen Regeln ausgegeben. Das ergibt sich nicht nur aus der systematischen Beurteilung, daß diese „allgemeinen" Regeln wohl für die Schuldverhältnisse angemessen sind, beim Familienrecht aber zum großen Teil von Grund aus geändert werden mußten und, daß sich, soweit keine solchen Ausnahmen vorliegen, erhebliche Mißstände zeigen; das zeigt uns auch die geschichtliche Betrachtung, die uns lehrt, daß die Bestimmungen über die Verträge ursprünglich im Rechte der Schuldverhältnisse zu finden waren und erst später in den allgemeinen Teil hinüber genommen wurden (siehe o. S. 34 u. Anm. 43).

So kam es, daß die Ehe äußerlich nach „allgemeinen" Bestimmungen über Verträge, tatsächlich aber als schuldrechtlicher Vertrag, behandelt wurde.

Infolge dieser aufgezeigten Schwierigkeit richteten sich aber die Angriffe wegen dieses Mangels gewöhnlich gegen die Behandlung der Ehe oder des Eheabschlusses als Vertrag, als Rechtshandlung oder Rechtsgeschäft, überhaupt, ohne diese Begriffe selbst erst einmal abzugrenzen (Spahn 15, Klöppel 70 ff., Fischer Gr. 332). Nun ist aber die Ehe sicher im allgemeinen Sinne ein Rechtsverhältnis (in diesem Sinne auch ihr Abschluß ein Rechtsgeschäft, Vertrag) — denn sonst könnte sich der Jurist als solcher gar nicht mit ihr beschäftigen — und andererseits stellt die Behauptung, daß die Ehe nicht nur ein Rechtsverhältnis sei (Puchta II 394 und Windscheid-Kipp 3. oder daß sie es an erster Stelle sei,

[55] Ebenso verhält es sich mit den Begriffen Rechtsverhältnis (siehe Klöppel 70) und Rechtsgeschäft, die an dieser Stelle ebenfalls viel gebraucht werden; richtiger wäre, worauf mit Recht Klöppel hinweist, für den letzteren Begriff hier der der Rechtshandlung (für den allerdings auch keine erhebliche allgemeine rechtliche Regelung möglich wäre); der Begriff Rechtsgeschäft bliebe besser allein auf das Schuldrecht, oder wenigstens das Vermögensrecht beschränkt (Klöppel 72).

so Savigny I 346/47, dagegen Brinz III 664 und Dernburg P. III 7 Anm. 2), was Zorn (J.T. IV 398) betont, nur einen Gemeinplatz dar und ist auch für den Juristen nur Material für die rechtliche Einzelregelung dieses Rechtsinstituts. Daher sind die Angriffe von Jakobi (XX. J.T. II 114/15 Anm. 7): „für den Staat als Gesetzgeber ist die Ehe ein Vertrag und ein Rechtsverhältnis . . was sie außerdem noch für den Theologen, den Philosophen, den Mystiker sein mag, kommt hier nicht in Betracht" gegen die Behauptungen in jener Form zutreffend, nicht aber gegen ihren wahren Inhalt.

Mit unserer Auffassung deckt sich ziemlich die von Brühl (XXI. J.T. I 196 ff.) „daß er der in den Motiven vertretenen Auffassung der Eheschließung als eines Vertrages nur cum grano salis beitreten möchte. Man dürfe dabei nicht an den Vertrag des Privatrechts denken. Ein solcher sei der Eheschließungsvertrag ebensowenig, wie der Verlöbnisvertrag" [56].

Hier wären auch die Ausführungen v. Hammersteins zu erwähnen, der darauf hinweist, daß die Unterscheidung der Ehe als Vertrag und Sakrament „nur eine ideelle, keine reelle ist". In dieser Form ist diese Ansicht nicht haltbar, seit der Staat das Eherecht ganz in die Hand genommen hat, so daß es ein kirchliches Eherecht ebensowenig mehr gibt, als eine kirchliche Ehe (s. auch Sohm K. d. G. 66 ff.); aber der Gedanke, der Hammersteins Äußerung zugrunde liegt, ist auch jetzt noch zu verwenden, denn an Stelle der kirchlichen sind staatliche Eheschließungsform und -recht getreten; die r e c h t l i c h e Bedeutung der Sakramentsnatur der Ehe wird ersetzt durch die Formalaktsnatur des Eheabschlusses. Diese läßt sich nun von der Vertragsnatur des Eheabschlusses nicht tatsächlich, sondern nur gedanklich trennen. Deshalb ist es nicht möglich, den einen oder anderen gedanklichen Bestandteil der Eheschließung als das einzig Wesentliche zu bezeichnen und diese daher z. B. lediglich als Vertrag zu behandeln, während man das andere, notwendig damit verbundene und logisch gleichberechtigte Moment — in diesem Falle die Formalaktsnatur — als unwesentlich oder als singuläre Erscheinung usw. ansieht.

---

[56] Allerdings begeht Brühl, ebenso wie Spahn, die Unvorsichtigkeit, daß er seine Ansicht — scheinbar — darauf stützt, daß der Standesbeamte die Ehe schließt, so daß es aussieht, als ob bei Wegfall d i e s e r Bestimmung (wie es ja später geschah), seine Beweisführung erschüttert werde; daß dies aber natürlich nicht der Fall ist, kann man u. a. auch daran erkennen, daß Spahn selbst (38 ff.) für Beseitigung jener Vorschrift eintritt.

D. Den Kern des Problems treffen endlich Brühl XXI. J.T. I 196 ff und Dickel 31 ff., wenn sie darauf hinweisen, daß das persönliche Eherecht gar nicht allein dem Privatrecht angehört[57]. Brühl 196 „daß die rechtliche Ordnung des Ehe- und Familienstandes, als Personenstandes, in das reine Personenrecht und mit diesem nicht nur in das Privatrecht, sondern auch in das öffentliche Recht einschlägt. Wenn der Staat das Eherecht der Kirche entzogen hat, so ist damit die Ehe nicht zu einem Institut des Privatrechts geworden . . ." Diese Einordnung des Eherechts in das im wesentlichen vermögensrechtlich gedachte Privatrecht hat die Behandlung des Eheabschlusses als ein lediglich etwas abgeänderter Vertrag, die Verwechslung von Eheabschluß und Ehe, die versuchte Anwendung des schuldrechtlichen Nichtigkeitsbegriffs auf die Ehe und damit alle die Inkonsequenzen, Unklarheiten und Schwierigkeiten veranlaßt. Alle diese Grundlagen des Eherechts des Entwurfs sind geblieben und in ihren Folgen im BGB. wieder zu finden.

5. Entwurf zweiter Lesung

Auch der nächste Entwurf, betitelt „Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Zweite Lesung. Nach den Beschlüssen der Redaktionskommission 1892" ist in seinen Grundzügen seinem Vorgänger gleich geblieben. Allerdings sind die Verfasser schon zu der Einsicht gekommen, daß man es bei der „Nichtigkeit" der Ehe mit zwei verschiedenen Begriffen zu tun hat — Prot. 4974: „der Entwurf unterscheidet bei nichtigen Eheschließungen zwischen formeller und materieller Nichtigkeit (matrimonium non existens und nullum)". Aber man sieht auch hier nicht ein, daß unmöglich beides „Nichtigkeit" — wenigstens in dem Sinne, in dem das Gesetz dieses Wort sonst gebraucht, als „nicht vorgenommen"[58] — sein kann; vielmehr fahren die Prot. 4974—75

[57] Dagegen Gierke V. S. 36 in Anm. 29; allerdings scheint hier der Unterschied mehr in der Auffassung des Wortes „Privatrecht" zu liegen, denn Gierkes Auffassung von der Ehe stimmt in allem Wesentlichen mit der hier vertretenen Auffassung überein. In seinen früheren Auflagen vertrat auch Sohm, Institutionen, die Dickelsche Auffassung (ebenso wie die meisten älteren Lehrbücher der Pandekten s. o.), doch hat ihn das Erscheinen des BGB. zur Umkehr veranlaßt.

[58] Diese Definition entspricht den §§ 108 und 1252 II, die gestrichen wurden „aus der Erwägung . . ., daß der Begriff des nichtigen Rechtsgeschäfts feststehe und deshalb einer eingehenden Definition nicht bedürfe, die im Entwurf versuchte Begriffsentwicklung könne hinsichtlich des Passus „in Ansehung der gewollten Wirkungen" beanstandet werden und eine einwandfreie Fassung werde sich nicht leicht finden lassen." Prot. 260/61. Nun ist ja die Behauptung, daß der Begriff der Nichtigkeit feststehe, grundfalsch — gerade

fort: „auch im letzteren Falle liegt eine wirkliche Nichtigkeit vor. Es zeigt sich darin, daß das die Nichtigkeit aussprechende Urteil lediglich deklaratorische Bedeutung hat, und ferner darin, daß, wenn die scheinbare Ehe durch Tod oder Scheidung aufgelöst ist, die Nichtigkeit derselben jederzeit bis auf Weiteres (?) geltend gemacht werden kann, es also der Nichtigkeitsklage nicht bedarf, und die Ehe als von Anfang an nichtig behandelt wird".

Beide Behauptungen beweisen nicht. Die erste ist schon deshalb kein Beweis, weil sie selbst durchaus bestritten ist und des Beweises durch den Satz bedarf, den sie jetzt beweisen will. Wir haben demnach einen mustergültigen circulus vitiosus. Daß ferner die Ehe, wenn sie aufgehört hat, eine solche zu sein, auch als von Anfang an nichtig behandelt wird, kann kein Beweis für ihre Nichtigkeit im vorgezeichneten Sinne sein; denn die entsprechende Erscheinung haben wir auch bei der anfechtbaren Ehe.

Eine wichtige Änderung bringt dieser Entwurf in § 1235 III. § 1235 I bringt die bekannte Regelung, daß im allgemeinen die Nichtigkeit einer wegen materiellen Mangels nichtigen Ehe nur im Wege der Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden kann. Absatz II fügt aber hinzu: „das gleiche gilt von einer nach § 1230 („wenn die vorgeschriebene Form nicht beobachtet ist") nichtigen Ehe, wenn sie ins Heiratsregister eingetragen worden ist." Man hat mit dieser Regelung den zahlreichen Bedenken Rechnung getragen, die dagegen geltend gemacht waren, daß

---

diese Entwürfe und das Gesetz selbst bringen den besten Beweis dagegen, doch ist auch hier einmal wieder, wie man gesagt hat, „das Gesetz klüger gewesen als sein Schöpfer". Was die Schöpfer dieser Regeln, die dann ähnlich in das Gesetz übergegangen sind, zur Streichung der §§ 108, 1252 II bewogen hat, ist für uns natürlich nur geschichtlich von Wert; für unsere systematische Betrachtung ist lediglich die Tatsache vorhanden, daß das Gesetz es unterlassen hat, im Allgemeinen Teil den Begriff genau zu umgrenzen und auch die Wiederholung dieser Begriffsbestimmung im Familienrecht unterlassen hat. Die Streichung der Sätze zwingt uns weder sie als unrichtig anzunehmen, noch sie ohne weiteres auch jetzt noch gelten zu lassen, wie es Planck IV, 48 und die herrschende Meinung will. Vielmehr kann jetzt der Begriff der Nichtigkeit aus dem Sinn der gesetzlichen Bestimmungen, die ihn verwenden, entnommen werden. Als Richtschnur muß uns freilich die Vermutung dienen, daß das Gesetz mit demselben Ausdruck auch denselben Begriff gemeint habe. Doch kann eine solche Vermutung nie unbedingte Geltung haben; so ist z. B. anerkannt, daß das Wort „Abnahme" im BGB. durchaus nicht immer denselben Begriff bezeichnet. Sollte man also zu dem Ergebnisse kommen, daß das Wort Nichtigkeit im BGB. nicht immer den gleichen Begriff deckt, so wird man schon gewichtige Gründe anführen müssen. Zustimmend Dernburg. F. R. 68, Anm. 2.

der geringste Verstoß gegen die wesentliche Form die Behandlung der fehlerhaft zustande gekommenen Ehe als Konkubinat zur Folge habe.

Es ist also die Grenze verlegt zwischen der wirklich nichtigen (also als solcher gar nicht vorhandenen) „Ehe" und der vom Gesetze ebenfalls als nichtige Ehe bezeichneten, vernichtbaren Ehe; und zwar liegt die Grenze jetzt so, daß als Mindestforderung eine Form verlangt wird, die bislang unwesentlich war, und die es auch jetzt bleibt, soweit die wesentlichen Formerfordernisse erfüllt sind. Liegen aber diese nicht sämtlich vor, so wird jene von Bedeutung. Daher möchte ich sie die subsidiär-wesentliche Form nennen. Dieser Ausdruck ist nicht ganz zutreffend: allerdings ist dieses Formerfordernis subsidiär wesentlich für das Zustandekommen einer Ehe, doch kann seine Erfüllung stets nur eine vernichtbare, oder, im Sprachgebrauche des Gesetzes „nichtige" Ehe bewirken, während die (priminär-)wesentlichen Formerfordernisse eine gültige Ehe wenigstens bewirken k ö n n e n, allerdings nur, wenn kein materieller Mangel vorliegt. Die Wahrung der „subsidiär-wesentlichen Form" kann aber eine vollgültige Ehe nur zur Folge haben, wenn der vorgeschriebene Zeitauflauf (s. u.) noch hinzugetreten ist.

Da den „wegen Formmangels nichtigen Ehen, die aber ins Heiratsregister eingetragen sind", a l l e die Rechtsfolgen der „wegen materiellen Mangels nichtigen Ehen" zugebilligt werden, so ist tatsächlich nur die Grenze verschoben zwischen den beiden Verhältnissen, denen das Gesetz — mit Unrecht — den gemeinsamen Namen nichtige Ehe gab.

Diese neue Regelung ist ganz abgestellt auf die Wirkung nach außen und die Rücksicht darauf. Soweit diese in Betracht kommt, ist die gefundene Lösung völlig einwandfrei. Es ist sehr angebracht, daß ein besonderes Verfahren zur Feststellung der Nichtigkeit notwendig ist, und daß sie vorher nicht geltend gemacht werden darf, wenn ein öffentliches Register erklärt, daß die Ehe richtig abgeschlossen sei; auch ist es durchaus zu billigen, daß der gutgläubige Dritte Schutz verlangen kann, wenn — und nur wenn — die Ehe entweder tatsächlich oder wenigstens nach Behauptung des Registers formgerecht abgeschlossen ist — nicht so billig sind aber die Bestimmungen für die Beteiligten im inneren Verkehre, besonders für die Kinder. Daß die Ehe eingetragen ist, ist vorerst als Beweismittel und für den gutgläubigen Verkehr von Wert, nicht aber hat es irgend eine Bedeutung als Formerfüllung — das Gesetz behandelt die Eintragung ja selbst als im allgemeinen unwesentlich. Nun kann es kommen, daß eine Ehe überhaupt nicht rechtlich in Be-

tracht kommt und auch die Kinder unehelich sind, bei der nur ein einzelner schwacher Verstoß gegen eine wesentliche Formvorschrift vorliegt, während eine andere Ehe alle die vorläufigen wie dauernden Wirkungen, die der materiell-nichtigen Ehe zugebilligt sind, erzeugen kann, obwohl die verschiedensten starken Verstöße gegen wesentliche Formvorschriften vorgekommen sind, aber eine — sonst unwesentliche — Form erfüllt war. In diesem Punkte wäre also doch der einmütige Vorschlag der Kritiker des ersten Entwurfs besser gewesen, es darauf abzustellen, ob überhaupt die Verlobten vor dem Standesbeamten erschienen sind (die Gründe, die die Prot. 56/57 dagegen anführen, sind meines Erachtens hinfällig). Immerhin kann auch die vorliegende Regelung nicht zu erheblichen Härten führen, da tatsächlich die wesentlichen Formvorschriften sehr beschränkt sind.

Der Entwurf hat auch sonst noch eine Anzahl Änderungen von weniger einschneidender Bedeutung getroffen.

Zunächst ist ein neuer Nichtigkeitsgrund zugefügt: die Ehe der Ehebrecher, die sich dem Verbot zuwider ohne Befreiung geheiratet haben, ist nichtig. Man hat also ein bisher aufschiebendes Hindernis in ein trennendes verwandelt, §§ 1234 I.

Ferner sind zu dem bisher ganz einzig dastehenden Fall der Heilungsmöglichkeit der Nichtigkeit noch zwei weitere gekommen.

I. Die neu eingeführte nichtige Ehe der Ehebrecher kann heilen, wenn die Befreiung vom Eheverbot nachträglich bewilligt wird. § 1234 II.

II. Die (gewissermaßen) ebenfalls neu eingeführte, „wegen Formmangels nichtige, aber ins Heiratsregister eingetragene Ehe" kann heilen, wenn „die Ehegatten nach der Eheschließung 10 Jahre als Ehegatten miteinander gelebt" haben. § 1230 II.

In allen 3 Fällen wirkt die Heilung ex tunc [59].

Einen Rückschritt gegen die früheren Entwürfe (§ 1526 bezw. 1562) bedeutet die Wiedereinführung der Bestimmung, daß die Kinder die Vorzüge der Ehelichkeit nur genießen sollen, wenn die Eltern gutgläubig waren. § 1587 (siehe hierüber Thiesing 75 und 76).

[59] Schon bei dem vorigen Entwurf hatte Klöppel darauf aufmerksam gemacht, daß bei einer wirklichen Nichtigkeit eine Heilung nicht denkbar sei und den — in jenem Entwurf noch einzigen — Fall einer heilbaren Nichtigkeit der Anfechtbarkeit zuweisen wollen. Jetzt sind es gar 3 Fälle geworden. — Daraus ergibt sich von neuem klar, daß diese Nichtigkeit nicht mehr mit der des A.T. oder der wegen Formmangels nichtigen, auch nicht eingetragenen Ehe gleichbedeutend ist.

Endlich sind noch die (primär-)wesentlichen Formerfordernisse verringert worden: die Gegenwart der zwei Zeugen ist lediglich zur Ordnungsvorschrift geworden. § 1226, 1227 I. Durch den Wegfall dieser wirklich nicht so wichtigen Bestimmung als wesentlicher Formvorschrift wird die Nichtigkeit einer ganzen Anzahl Ehen verhindert und die Bestimmung, welche die den wesentlichen Formvorschriften nicht voll genügende (und auch nicht eingetragene) „Ehe" dem Konkubinate gleichstellt, erhält eine größere Berechtigung. Ein weiterer — materieller — Nichtigkeitsgrund ist dadurch beseitigt, daß das Bestehen einer noch nicht für nichtig erklärten vernichtbaren Ehe zum aufschiebenden Ehehindernis wird. Vgl. §§ 1215 I, 1229, 1232.

Die übrigen Neuerungen des Entwurfs sind für unsere Fragen nicht erheblich; so die Änderungen der Bestimmungen über Ehemündigkeit (§ 1289 gegen § 1233 des vorigen Entwurfs), die den minderjährigen Ehemann beseitigen, und die Bestimmung, daß die Zustimmung der Eltern nicht mehr durch Klage und rechtskräftiges Urteil erzwungen werden, sondern einfach auf Antrag durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden kann. (§ 1214 gegen § 1238 II—IV vorigen Entwurfs).

§ 1231 fügt zur Geschäftsunfähigkeit noch die Bewußtlosigkeit. Doch bedeutet dies allem Anschein nach keine sachliche Änderung, da man das Gleiche vorher wahrscheinlich als selbstverständlich ansah. Motive 10 betonen, daß „Einwilligung Willensfähigkeit voraussetzt". Protokolle 8617: „die Ziffer II des § 1250 blieb sachlich unbeanstandet. Von einer Seite wurde bemerkt, der . . . vorgeschlagene Zusatz in betreff der Bewußtlosigkeit sei womöglich zu beseitigen, wenn schon er sachlich nicht zu beanstanden sei. Die Kommission war der Ansicht, daß man den Zusatz sachlich zu billigen, im übrigen aber der Redaktionskommission die Prüfung zu überlassen habe, ob nicht der Zusatz an dieser und an anderer Stelle zu streichen sei."

6. Die Bundesrats- und Reichstagsvorlage

Abgesehen von einigen für uns nicht wesentlichen Änderungen — B. 1291 (R. 1289, G. 1306) gegen E. 1212, B. 1310 (R. 1308, G 1325) gegen E 1231, B. 1330 (R. 1328, G. 1345) gegen E. 1237, B. 1318 (R. 1316, G 1333) gegen E. 1241, B 1319 (R. 1317, G 1334) gegen R. 1242 und B. 1328 (R. 1326, G. 1343) gegen E. 1251 — wäre nur zu erwähnen, daß der Satz „die Ehe kann nur vor einem Standesbeam-

ten geschlossen werden" (E. 1222 dann B. 1304, R. 1303, G. 1319) wegfällt, vermutlich, weil man glaubte, daß die Erwähnung des Standesbeamten in E. 1226 (B. 1303, R. 1300, G. 1317) genüge. Wäre aber diese besondere Hervorhebung nicht fortgefallen, so würde meines Erachtens ein Abschluß nicht vor dem Standesbeamten, nicht einfach, wie jetzt, ein Formfehler sein, sondern es würde keine, auch keine nichtige Ehe behauptet werden können; daher würde auch eine später erreichte Eintragung der Ehe für die materiellen Folgen sicher keinerlei Bedeutung haben können, während dies jetzt zum mindesten bestritten ist.

Der Reichstagsvorlage, die sich in keinem wesentlichen Punkte von ihren Vorgängern unterscheidet, hatte die Reichsregierung eine Denkschrift beigegeben, die noch einmal die alte Betrachtungsweise der Ehe als eines im wesentlichen bürgerlichen Vertragsverhältnisses darlegt: „die Unterscheidung zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe entspricht den allgemeinen Grundsätzen, welche der Entwurf über Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Rechtsgeschäfte[60] aufgestellt hat. Die Rücksicht auf das Wesen der Ehe macht jedoch nach verschiedenen Richtungen Abweichungen von jenen Grundsätzen erforderlich. Die Nichtigkeit der Ehe bewirkt, daß die Ehe als nicht geschlossen anzusehen ist. Die Wirkung tritt jedoch ohne weiteres . . ." (S. 164.)

II. Das heutige Recht

Vorbemerkung

Das Gesetz selbst weicht nur in zwei weniger wichtigen Fragen von seinem Vorgänger ab.

1. Die Formvorschriften sind dadurch so ziemlich auf das geringste Maß herabgedrückt, daß nunmehr auch der Ausspruch des Standesbeamten unwesentlich wird, wofür das Gesetz aber betont, daß der Standesbeamte bereit sein muß (R. 1300, G. 1317 Bericht der Reichstagskommission 53, 54 — damit hängt auch die Änderung R. 1301, G. 1318 zusammen).

2. Noch eine weitere Möglichkeit, die Nichtigkeit einer Ehe zu heilen, ist dadurch eingeführt, daß bei eingetragener form-nichtiger Ehe, wenn

---

[60] Also wieder die Gleichsetzung von Ehe und Rechtsgeschäft, statt Eheschließungsvertrag und Rechtsgeschäft.

die Gatten wenigstens 3 Jahre zusammenlebten, nach dem Tode eines Gatten, die Ehe als von Anfang an gültig anzusehen ist (R. 1307, G. 1324 Kommissionsbericht 56).

Die Änderung „Überlegung" (R. 1317) in „Würdigung des Wesens der Ehe" (G. 1334), sowie der Zusatz der Kommissionsvorlage dort „Auf Grund einer Täuschung über Vermögensverhältnisse findet eine Anfechtung nicht statt", sind nicht weiter bedeutsam.

Fassen wir also zusammen, was uns das Gesetz nach Ansicht der herrschenden Meinung sagt; dann wird deren Ansicht zu beurteilen und die entgegengesetzte Ansicht darzustellen sein.

A. Herrschende Ansicht[61]

Die Eheschließung ist ein Rechtsgeschäft, denn sie ist eine Handlung, die bezweckte rechtliche Wirkungen hervorruft; sie ist ein Vertrag, denn ein Vertrag ist „eine übereinstimmende auf Eingehung eines bestimmten Rechtsverhältnisses gerichtete Willenserklärung zweier Personen".

Da das Familienrecht Privatrecht ist, ist der Eheschließungsvertrag ein privatrechtlicher Vertrag.

Die Ehe ist das durch diesen Vertrag begründete Rechtszustands-Vertragsverhältnis. Für sie gilt dasselbe, wie für den Eheschließungsvertrag.

Es gibt allgemeine Regeln über Rechtsgeschäfte und über Verträge, denn solche zeigt das erste Buch des BGB., betitelt Allgemeiner Teil, auf. Diese Regeln gelten daher für alle Teile des Gesetzbuches, also auch für das Familienrecht und den dort näher geregelten Eheschließungsvertrag.

Ein Rechtsgeschäft liegt nur vor, wenn alle äußeren und inneren, positiven und negativen Erfordernisse erfüllt sind, die das Gesetz verlangt, um diesem Tatbestande die angegebenen Rechtsfolgen verleihen zu können. Ist einem dieser Erfordernisse nicht Genüge getan, so liegt der geforderte Tatbestand überhaupt nicht vor. Die Tatsache, daß der geforderte Tatbestand, also ein Rechtsgeschäft, nicht vorhanden ist, wohl aber ein Tatbestand, der allen Bedingungen genügen würde, — wenn eben noch ein oder mehrere Tatbestandsmomente hinzukämen — wird als „nichtiges Rechtsgeschäft" bezeichnet.

---

[61] Die bekannten Lehrbücher und Kommentare. Für andere: Endemann II. § 160. Planck, Vorbemerkungen zum Familienrecht und zum 3. Titel des I. Abschnitts.

Für die Ehe (eigentlich „Eheschließungsvertrag") hat — der tatsächlichen Bedeutung dieses Instituts entsprechend — der Gesetzgeber in den Einzelheiten der Ausführung auch rechtliche Besonderheiten geschaffen, die des öfteren Ausnahmen von den auch für diesen Vertrag geltenden Regeln des allgemeinen Teils bilden.

Die beiden Hauptpunkte sind hier: Eingehung wie Auflösung dieses Vertrages (und Vertragsverhältnisses) sind ganz für sich geregelt.

Nehmen wir zuerst die Auflösung: Im Gegensatz zu allen sonstigen Verträgen ist der Eheschließungsvertrag grundsätzlich nicht durch freie Willensmeinung zu lösen, sondern nur — und das als Ausnahmefall — durch richterlichen Spruch, der Verschulden wenigstens eines Teils (oder länger dauernde unheilbare Geisteskrankheit) voraussetzt; denn die Ehe ist „eine über dem Willen der Gatten stehende Ordnung" (Denkschrift 313).

Nun zur Vertragsschließung: Als erste Besonderheit fällt auf, daß der Staat durch den Standesbeamten „den Vertrag der Parteien entgegennimmt" (Kisch 7). Der rechtlich erforderliche Tatbestand dieses Vertrages ist grundlegend in allen Punkten anders geordnet, als sonst.

Zuerst die Vertragsschließenden: Nicht beliebig zwei Personen, die geschäftsfähig, oder beschränkt geschäftsfähig mit Einwilligung des gesetzlichen Vertreters handeln; vielmehr immer nur zwei Personen verschiedenen Geschlechts. Der minderjährige Mann kann auch mit Einwilligung des gesetzlichen Vertreters eine Ehe nicht eingehen, die Frau kann es nicht, solange sie noch nicht 16 Jahre alt ist; auch dann ist noch Befreiung möglich. — Weiter eine Anzahl von zeitlichen und dauernden, bedingten und unbedingten, zwingenden und durch Befreiung zu beseitigenden Beschränkungen der Zahl derer, die diesen Vertrag eingehen können.

Dann der Vertrag selbst: Äußerlich die besonderen 4 Formvorschriften des § 1317, sowie die zahlreichen sonstigen Vorschriften, die aber für das Zustandekommen des rechtlichen Tatbestandes nicht wesentlich sind. Ferner die Regelung der inneren Voraussetzungen des Tatbestandes, auch sie besonders und teilweise abweichend vom Allgemeinen Teil geregelt.

Das Ergebnis ist: der rechtliche Tatbestand des Eheschließungsvertrages liegt vor, wenn

I. ein Mann und eine Frau,

II. gleichzeitig,

III. bei persönlicher Anwesenheit,

IV. einem Standesbeamten,

V. der bereit ist,

VI. ohne Bedingung oder Zeitbestimmung,

VII. erklären, eine Ehe eingehen zu wollen [62];

VIII. wenn die Personen weder bewußtlos sind, noch „sich im Zustande vorübergehender Störung der Geistestätigkeit" befinden [63];

IX. wenn sie nicht mit einem Dritten in einer gültigen Ehe leben (§ 1326);

X. wenn sie nicht in verbotenem Grade verwandt oder verschwägert sind (§ 1310 I und III § 1327);

XI. wenn nicht ein Ehebruch, den sie begangen haben, bei Auflösung der gebrochenen Ehe als Scheidungsgrund festgestellt ist [64];

XII. solange kein zur Anfechtung Berechtigter dieses Recht ausübt [65].

Wenn es auch nur an einem dieser Tatbestandsmerkmale fehlt, so liegt kein Eheschließungsvertrag, mithin keine Ehe vor; diesen Zustand bezeichnet das Gesetz nach Analogie des „nichtigen Rechtsgeschäfts" als nichtige Ehe. Von dieser allgemeinen Regel, die in jedem Falle anzuwenden ist, in dem keine besondere Bestimmung vorliegt, sind folgende Ausnahmen gemacht [66]:

1. Wenn entweder die äußeren Tatbestandsmomente (II—VII) sämtlich vorliegen, oder wenigstens die Eintragung ins Heiratsregister sie vermuten läßt, so soll niemand die wahre Rechtslage geltend machen dürfen, ehe nicht der Richter in einem ganz besonders gearteten Verfah-

---

[62] §§ 1317, 1324. Ein Verstoß gegen II—VII kommt nicht in Betracht, wenn die „Ehe" ins Heiratsregister eingetragen ist und die Eheleute 10 Jahre oder bei Auflösung durch Tod 3 Jahre miteinander gelebt haben. (§ 1324, II).

[63] § 1325. Jedoch genügt auch formlose Bestätigung nach Wegfall des Hindernisses Abs. II.

[64] §§ 1312, 1328. Jedoch kann vorher und auch nachträglich noch Befreiung bewilligt werden.

[65] §§ 1343 und 1350—1351; denn sonst gilt die Ehe „als von Anfang an nichtig", der Tatbestand war also nur scheinbar erfüllt.

[66] Immer ist I unbedingt erforderlich, wenn man von einer Ehe, auch wenn man von einer nichtigen Ehe sprechen will.

ren rechtskräftig festgestellt hat, daß der Schein einer gültigen Ehe, der durch das — tatsächliche oder vermutete — Vorhandensein der äußeren Tatbestandsmomente hervorgerufen war, zu Unrecht bestanden habe. (§ 1329 und Z.P.O. §§ 606 ff. besonders 631—637.) Nur, wenn jenes Verhältnis durch Tod eines Teiles oder durch die — natürlich eigentlich gar nicht mögliche — Scheidung auch tatsächlich schon gelöst ist, soll niemand gehindert sein, sich auf den wahren Sachverhalt zu berufen. Natürlich muß ein anderer Rechtsstreit, in welchen die Frage hineinspielt, ob eine derartige Ehe besteht, auf Antrag bis zur Entscheidung jener Frage ausgesetzt werden. (§§ 551/52 Z.P.O.)

2. Die zweite bedeutende Ausnahme von der allgemeinen Regelung wird dadurch getroffen, daß die solchen Verhältnissen, die keine Ehe wurden, den sog. nichtigen Ehen, entsprossenen Kinder die Rechte ehelicher Kinder erhalten, wenn wenigstens — infolge formgültigen Abschlusses oder Eintragung — der Anschein einer Ehe erweckt war und wenigstens einer der Eltern sich im guten Glauben befand. § 1699. Das Nähere 1700 ff.

Eine solche „nichtige Ehe" hat sogar die Kraft, den vor dieser „Ehe" geborenen Kindern die rechtliche Stellung ehelicher Kinder zu geben. § 1721.

3. Endlich gibt uns das Gesetz für diese „Ehen" noch eine Anzahl kleinere Ausnahmen. Da diese Art von „nichtigen Ehen" nach außen entweder durch die richtig vollzogene Form oder durch das öffentliche Register den Anschein der Rechtsbeständigkeit erweckt, so wird jeder Dritte — natürlich nur, wenn er den wahren Sachverhalt nicht kannte — dagegen geschützt, daß ihm aus diesen Umständen Schaden erwachse: gegen ein zwischen ihm und einem der „Ehegatten" vorgenommenes Rechtsgeschäft oder ergangenes Urteil kann wegen der Nichtigkeit der Ehe keine Einwendung gemacht werden. Natürlich gilt dies nur für Rechtsgeschäfte und Rechtsstreite, die oder deren Rechtskraft vor der Nichtigkeitserklärung liegen (§ 1244).

Der allein gutgläubige Teil einer solchen „Ehe" kann — als Schadloshaltung — verlangen, daß die Vermögensauseinandersetzung unter der Fiktion geschehe, daß eine gültige Ehe vorgelegen habe, die wegen alleiniger Schuld des anderen geschieden sei (§ 1345). Entsprechende Bestimmungen trifft § 1346 für die wegen Drohung oder Irrtums anfechtbare Ehe.

Überall, wo sonst im BGB. oder einem anderen Reichsgesetze das Wort Ehe oder die entsprechenden Ausdrücke Ehegatte, Verheiratung,

ehelich usw. vorkommen, hat der allgemeine Grundsatz durchzugreifen, und ist nur in Verhältnis, das allen XII Erfordernissen genügt, anzuerkennen — es sei denn, daß das Gesetz selbst ausnahmsweise die nichtige Ehe oder eine Unterart der nichtigen Ehen zuläßt. — Folgerichtig muß auch von diesem Standpunkte aus gefordert werden, daß, wenn in einem Falle auch die nichtigen Ehen zugelassen werden, nur, wenn das Gesetz selbst, wie in vielen Fällen, aus ihnen einige Gruppen heraushebt, diese allein beachtet werden; sonst müssen alle Verhältnisse, die keine Ehen wurden, berücksichtigt werden, denn „nichtige Ehe" bedeutet von diesem Standpunkte aus ja nur die Tatsache, daß nicht alle gesetzlichen Erfordernisse vorliegen. — Schließlich wäre noch zu bemerken, daß, wenn man auf diese Weise zu der Erkenntnis kommen sollte, daß die Regelung: die Ehe ist von Anfang an nichtig, doch darf dies erst nach Auflösung oder Nichtigkeitserklärung geltend gemacht werden —, sich wenigstens nicht in allen Reichsgesetzen anwenden läßt, man dann die Ansicht vertreten muß, daß die Nichtigkeit in diesen Fragen schon vorher geltend gemacht werden kann, da niemals eine „Ehe" usw. im Sinne dieser Gesetze vorliegt.

B. Kritik und Gegenansicht

Gegen die Ansicht wird auszuführen sein, daß sie sachlich unrichtig ist, d. h. zu unbilligen, teilweise auch fast unmöglichen Ergebnissen führt, und daß sie nicht den sonst im Gesetze vertretenen Grundanschauungen entspricht. Doch würde für uns diese Erkenntnis der Ungerechtigkeit einer derartig aufgefaßten Regelung bedeutungslos sein, wenn die Auffassung sich im Gesetzbuche selbst doch äußerlich klar durchgesetzt hätte. Nun ist zwar zweifellos die Ansicht der einflußreichsten Mitarbeiter des Gesetzes, wenn auch nicht immer klar erkannt, so doch im allgemeinen die oben vorgezeigte gewesen. Es wird sich aber ergeben, daß bei der Durchführung dieser Ansicht die entgegengesetzte, — sachlich richtige — Anschauung schon aus dem Gegenstande selbst ihr entgegentrat und ein großes Feld abgewann [67].

---

[67] Es ist wohl nicht nötig zu betonen, daß dieser etwas metaphysische Satz nicht wörtlich genommen werden darf. Ins Kritische übersetzt, heißt er: Wenn auch alle am Zustandekommen dieser Bestimmungen verursachend Beteiligten von der vorgezeichneten falschen Grundauffassung ausgingen, so entsprach diese ihre erlernte, gedankliche Auffassung doch nicht ihrer gefühlsmäßigen wertenden und zwecksetzenden Stellungnahme zum Wesen

Aber auch diese Ansicht ist nicht zum vollen Siege gekommen, sondern ehe der Kampf entschieden war, ist das Gesetzbuch endgültig festgelegt worden. So trägt es noch äußerlich den Stempel der alten Auffassung, was uns die Erkenntnis der innerlich, wenn nicht sieghaften, so doch schon ziemlich überlegenen Ansicht erschwert. Man kann nicht sagen, daß diese Meinung sich unbedingt aus dem Gesetzbuche ergebe. Es wird sich nur ergeben, daß die herrschende Ansicht ebenfalls nicht fest bgründet ist, weil der Wortgebrauch, auf den sie sich notwendig stützt, durchaus versagt. Wir haben demnach ein Trümmerfeld, aus dem, so gut es eben geht, ein neues Haus aufzubauen unsere Aufgabe sein wird; denn mit dem Zerstören allein ist's nicht getan.

Wenden wir uns zur näheren Ausführung unserer Ansicht.

A. Die herrschende Ansicht ist sachlich innerlich unrichtig, führt zu ungerechten Ergebnissen. Wie schon in der Einleitung ausgeführt wurde, handelt es sich darum, ob man bei dem Versuche, das Wesen der Ehe einheitlich zu erfassen, von der Tatsache ausgeht, daß sie notwendig auf Übereinstimmung beruht, und sie demnach als einen, in einigen Punkten besonders gearteten Vertrag auffaßt, oder ob man, von der Notwendigkeit der bestimmten Form ausgehend, sie als selbständigen Formalakt begreift, der sich im Zweifel seine Regeln nicht vom Vertrage geben läßt, sondern aus seinem eigenen Wesen schöpft. Letzten Endes ist dieser Gegensatz ja gleichbedeutend mit dem ewigen Streite zwischen Individuum und Societas, der ja nach Kohler (Recht, passim) überhaupt die Grundlage des Rechts ist. Wer vom Individuum ausgeht, muß auch vom Vertrage als wesentlich ausgehen, als der freien Willenseinung Zweier; wer von der Societas ausgeht, wird als das Grundlegende den öffentlich-rechtlichen Formakt nehmen müssen [68].

---

der Ehe. Allerdings sind sie sich dieser Stellung nie in ihren Grundlagen klar bewußt geworden — daran hinderte sie das ererbte System —, aber, sobald sie bei der Regelung des Gegenstandes im einzelnen in die Lage kamen, von ihrer gedanklichen Auffassung Gebrauch zu machen, widersprach dem ihre gefühlsmäßige Auffassung von Wesen und Wert der Ehe. Der Erfolg war dann, daß Ausnahmen usw. gemacht wurden, und daß im Ergebnis die Regelung aller im Leben bedeutungsvollen Einzelheiten so erfolgt ist, als wäre jene gefühlsmäßige Wertung, die sich zu keiner klar bewußten Grundauffassung durchringen konnte, die gedankliche Grundlage der Regelung gewesen, nicht aber die äußerlich zugrunde gelegte Auffassung.

[68] Natürlich werden immer Beide die Notwendigkeit des anderen Erfordernisses anerkennen; es handelt sich nur um den gedanklichen Ausgangspunkt, der aber eben auch für die Ausführung von so großer Bedeutung ist.

Sicher ist es nicht unsere Aufgabe, hier zu diesem Streite irgendwie Stellung zu nehmen. Das ist nicht Sache des Erkennens, sondern der Zwecksetzung. Es fragt sich nur: auf welchem Standpunkte steht das Gesetz? — Die Antwort kann nicht schwer sein. So sehr es auch bei Frage der Nichtigkeit der Ehe der naturrechtlich-individualistischen Vertragstheorie anzuhängen *scheint*, — man braucht nur einen Blick in die sonstigen Bestimmungen des Familienrechts, namentlich über die Scheidung, zu tun, um zu erkennen, daß sich das Gesetz die Ehe durchaus nicht als Vertragsverhältnis denkt, sondern als eine „über dem Willen der Beteiligten stehende sittliche *und rechtliche* Ordnung[69]". Daher liegt in der Regelung einerseits *nicht* als Vertrag (Scheidung), andererseits aber — wenigstens äußerlich — *doch* als Vertrag, ein Widerspruch, der, wie schon behauptet, zu unbilligen Ergebnissen führen muß. Man denke sich nur einmal die Vertragsansicht in Frage der Nichtigkeit usw. folgerichtig durchgeführt — die Folgen wären kaum auszudenken. So hat auch das Gesetz, um die Härten und Unbilligkeiten nach Möglichkeit zu meiden, Ausnahme über Ausnahme treffen, auch reichlich mit Fiktionen arbeiten müssen. Allerdings sind damit die schlimmsten Härten vermieden, dafür ist aber auch die ganze Regelung unübersichtlich und unklar geworden. Das war die eine schlimme Folge des Widerspruchs. Die andere ist, da ein grundlegender Widerspruch nicht durch noch so viele Einzelausnahmen und -fiktionen beseitigt werden kann, die, daß sich immer noch neue Unbilligkeiten finden, an die alle „der Gesetzgeber" weder dachte, noch hatte denken können. Hierfür einige Beispiele:

1. Nach § 204 ist die Verjährung unter Ehegatten gehemmt. Da keine Ausnahme gemacht ist, gilt nach herrschender Lehre die allgemeine Regel; die nichtige Ehe fällt also nicht unter diese Bestimmung. Jedoch darf bei den materiell-nichtigen und den form-nichtigen eingetragenen Ehen die Nichtigkeit „bis auf Weiteres" nicht geltend gemacht werden. Wenn also der andere Ehegatte nicht Aussetzung des Rechtsstreits und Nichtigkeitserklärung der Ehe beantragt, muß entschieden werden, daß die Schuld noch nicht verjährt sei; im anderen Falle gilt die Schuld als verjährt. Es liegt aber doch sicher, wenigstens bei dem gutgläubigen Teil, für den Gesetzgeber genau der gleiche Grund vor, die Schulden nicht verjähren zu lassen, wie bei einer gültigen Ehe. Zwar kann man annehmen, daß bei Bösgläubigkeit des beklagten Gatten, nach der Nichtigkeits-

[69] Siehe auch Radbruch 44.

erklärung das Recht des Gutgläubigen aus § 1345 den § 204 mit umfaßt [70]; doch versagt dieser Schutz vollkommen bei beiderseitigem bösen oder guten Glauben. Wenn es schon nicht zu billigen ist, daß bei beiderseitigem bösen Glauben der eine Teil auf Kosten des anderen bereichert werden soll, so bietet diese Regelung bei gutem Glauben beider Teile eine schlimme Unbilligkeit. Und wie soll die Lage sich tatsächlich und im Rechtsstreite gestalten? Nehmen wir eine form-nichtige eingetragene Ehe, beiderseitiger guter Glaube, der eine Teil schuldet dem anderen eine Summe, die er, aus denselben Gründen, die den Gesetzgeber zur Schaffung des § 204 veranlaßten, nicht gerichtlich geltend machte oder, nach § 1394 nicht geltend machen konnte! so daß sie nach allgemeinen Regeln verjährt wäre; es hat die Ehe 9½ Jahre bestanden. Jetzt ist die Rechtslage — nach jener Ansicht — die: tatsächlich ist die Schuld verjährt, nur darf es niemand geltend machen, denn es scheint eine Ehe zu bestehen, und eine Ehe hemmt die Verjährung. Daß aber diese Ehe nichtig ist, kann nur in einem besonderen Verfahren geltend gemacht, vorher nur Aussetzung eines anderen Rechtsstreits beantragt werden. Geschieht dies aber nicht, so muß der Richter, obwohl er vielleicht weiß, daß „eine Ehe gar nicht zustande gekommen ist", doch den Beklagten verurteilen, weil diese Ehe die Verjährung gehemmt habe. Ist inzwischen die Ehe für nichtig erklärt, so muß der Berufungsrichter jenes Urteil, obwohl der Vorderrichter es so fällen mußte und die materielle Rechtslage sich nicht geändert hat (das Nichtigkeitsurteil soll ja nur deklarativ sein!) doch aufheben und entgegengesetzt entscheiden. Verwickelt wird die Frage aber erst, wenn der Vorderrichter zu Unrecht die Klage abgewiesen hat. Der Berufungsrichter hat sich dann zu sagen: das Urteil war falsch — denn damals galt die Ehe als bestehend; da aber durch das Nichtigkeitsurteil (mittelbar) festgestellt ist, daß jenes Urteil doch richtig ist, muß ich die berechtigte Berufung verwerfen. Wenn nun gar das erste Urteil rechtskräftig wurde, ist gemäß § 580 I 7 b Z.P.O. die Restitutionsklage möglich? Das nach der Rechtskraft ergangene Nichtigkeitsurteil (nehmen wir des § 582 Z.P.O. wegen an, der wegen des Formmangels gutgläubige, im ersten Prozeß beklagte Ehegatte habe nach

[70] So Opet 81, Hölder I, 342, Planck I, 436, Staudinger-Engelmann 121, Neumann II, 40. Türcke scheint dagegen zu sein. Er erklärt (I, 285) ganz allgemein zu § 204 „findet keine Anwendung, wenn die Ehe nichtig oder anfechtbar und angefochten ist"; zu § 1345 erwähnt er bei der Aufzählung der unter diesen § fallenden Rechte den § 204 nicht. Die meisten stellen die Frage überhaupt nicht. (Fischer-Henle, Cosack, Endemann A.T., Dernburg F.R. und Bernhöft.)

Rechtskraft den Formmangel erfahren, die Nichtigkeitsklage erhoben, und sei damit durchgedrungen, dieses Urteil auch rechtskräftig), muß als Urkunde angesehen werden, denn es heißt ja im § 580 „ein . . . Urteil, oder b) eine andere Urkunde". Wahrscheinlich würde die Restitutionsklage nicht durchdringen, weil die Urkunde schon vorher vorhanden gewesen sein muß (R.G.Z. 48 384). Wenn aber eine Urkunde, aus der ein Ehehindernis hervorgeht, nachträglich gefunden wird, ist dann die Restitutionsklage möglich? Eine der Partei günstigere Entscheidung würde die Urkunde herbeigeführt haben — können: aber nicht die Urkunde allein, auch nicht im Zusammenhang mit den Ergebnissen des früheren Verfahrens (R.G.Z. 7 320. 16 438), würde die günstigere Entscheidung herbeigeführt haben, sondern nur, wenn dann die Partei auch den Antrag auf Aussetzung des Verfahrens gestellt und die Nichtigkeitsklage erhoben hätte, was beides ja durch die Urkunde überhaupt erst möglich wurde. Genügt unter diesen Umständen noch die Urkunde? Nach R.G. 37 379 muß sich nach Auffindung der Urkunde nunmehr das Urteil als unrichtig darstellen. Wie steht es damit? Die Urkunde beweist, daß keine Ehe bestand, also ist das Urteil unrichtig; aber selbst das Vorweisen der Urkunde hätte keinen anderen Richterspruch hervorbringen können, wenn die Parteien nicht noch den Antrag auf Aussetzung stellten; ist der Spruch also der Urkunde gegenüber unrichtig?

Und wie wäre es schließlich mit der Vollstreckungsgegenklage des § 767 Z.P.O.? Die Gründe, auf denen sie beruht, dürfen erst nach der letzten Verhandlung, in welcher Einwendungen spätestens geltend gemacht werden müssen, entstanden sein. Der Grund, die Nichtigkeit der Ehe, konnte nicht vorher geltend gemacht werden; aber das Gesetz verlangt, daß der Grund später „entstanden" sei. Das „Nichtsein" der Ehe war aber nach herrschender Ansicht schon von Anfang an vorhanden und entstanden. Bliebe vielleicht als letzte Möglichkeit, daß man als „Grund" entweder das Nichtigkeitsurteil selbst bezeichnete oder wenigstens „die Möglichkeit, die Nichtigkeit der Ehe geltend machen zu können". Überlegt man sich zu alledem noch, wie, in unserem ersten Falle, ein halb Jahr später die ganze Lage gewesen wäre: — die nie vorhandene Ehe, deren Nichtsein vorläufig niemand geltend machen dürfte, ist jetzt von Anfang an gültig vorhanden gewesen — so erhält man ein Bild von der Durchführbarkeit jener Anschauung in der Wirklichkeit.

2. Darf ein „Ehegatte" einer nichtigen Ehe mit Vorfahren oder Nachkommen seines „Gatten" eine Ehe eingehen?

§ 1310 I spricht von Verschwägerten. Eine nichtige Ehe kann keine Verschwägerung hervorrufen, die Frage wäre also zu bejahen [71].

Dies Ergebnis ist nicht so schlimm, wie es scheint, wenn man dazu bedenkt, daß nach Absatz 2 auch der außereheliche geschlechtliche Verkehr eine ehehindernde Schwägerschaft verursacht. Es blieben also nur die nichtigen Ehen, in denen keine Geschlechtsgemeinschaft bestanden hat; daß diese eine Verheiratung mit Vorfahren oder Nachkommen des früheren „Ehegatten" nicht hindern, wäre besser vermieden, ist aber nicht so sehr unbillig.

Aber so einfach wie es hiernach scheint, und wie es auch den Verfassern vorgeschwebt haben mag, ist es doch nicht.

a) Die außereheliche Schwägerschaft begründet nur ein aufschiebendes Ehehindernis. Also kann ein Mann mit der Tochter oder Mutter der Frau, mit der er vorher nicht nur dem Anscheine nach in einer Ehe, sondern auch tatsächlich in Geschlechtsgemeinschaft gelebt hat, wenn ihm die neue Eheschließung trotz des Verbots gelingt, ungestört deshalb in Ehe- und Geschlechtsgemeinschaft leben! Das Ergebnis ist verwerflich.

b) Ferner muß man vom Standpunkte der herrschenden Meinung aus bedenken, daß ja, solange die materiell-nichtige oder eingetragene form-nichtige Ehe nicht aufgelöst ist, die Nichtigkeit nicht geltend gemacht werden darf. Diese Frage ist insofern nicht sehr bedeutsam, als, solange diese „Ehe" nicht aufgelöst ist, nach § 1309 keine neue Ehe eingegangen

---

[71] So Hölder-Schmidt Anm. III, Neumann Hg. Anm. II. 3d, Staudinger-Engelmann Anm. 5., Cosack II § 287, Fischer-Henle Anm. 2, Türcke Anm. 5: „natürlich". Opets Stellung ist mir nicht verständlich: „darnach ist die Ehe *verboten* zwischen dem einen Ehegatten einer aufgelösten oder für *nichtig erklärten* Ehe und den leiblichen Aszendenten oder Deszendenten des anderen Ehegatten, § 1590 I, gleichviel, ob die Ehegatten der früheren Ehe einander beigewohnt hatten oder nicht. *Eine ungiltige* Ehe begründet *kein Schwägerschaftsverhältnis*, daher auch *kein Ehehindernis* der ehelichen Schwägerschaft, regelmäßig jedoch das Hindernis des Absatz II". Hierbei ist zu bedenken, daß Opet nicht — was diesen Sätzen noch einen Sinne geben könnte — unter „ungiltig" versteht die formnichtige nicht eingetragene Ehe; vielmehr gebraucht er für die letztere den Ausdruck „(nicht eingetragenes) matrimonium non existens" (s. Vorbem. z. III. Tit. des 1 Abschnitts).

Diese früher so bestrittene Frage (vgl. Sicherer, 336—338) war im E. I § 1236 III ausdrücklich dahin geregelt, daß die ungültige Ehe ebenfalls dieses Hindernis bilde (Ausnahme: Nichtehe, d. h. nach E. I die formnichtige Ehe). Sonderbarerweise, vermutlich um der Folgerichtigkeit der Theorie willen, wurde diese durchaus angemessene Bestimmung beseitigt.

werden kann; aber auch hier ist zu bedenken, daß das Bestehen einer nichtigen Ehe nur aufschiebendes Hindernis ist, also möglicherweise trotzdem eine gültige Ehe zustande kommen kann.

Demnach ist die Rechtslage folgendermaßen: Ein Mann, der mit einer Frau in einer (materiell- oder eingetragenen formell-nichtigen) Ehe lebt, geht, bevor die Ehe aufgelöst ist, mit der Mutter oder Tochter seiner Frau eine neue Ehe ein. Diese Ehe ist — nichtig; aber nicht wegen Bigamie (§§ 1309, 1326), sondern, weil noch niemand geltend machen darf, daß die erste Ehe nichtig ist und also zwischen den Ehegatten der zweiten Ehe Schwägerschaft besteht, also wegen des Ehehindernisses zu naher Verschwägerung. Stirbt aber die Frau erster Ehe oder wird die erste Ehe für nichtig erklärt, bevor die zweite für nichtig erklärt ist, so kann die Nichtigkeit der ersten Ehe unbeschränkt geltend gemacht werden, ebenso, daß keine Schwägerschaft besteht, weshalb dann auch die zweite Ehe nicht für nichtig erklärt zu werden braucht. Es bleibt also gänzlich dem Zufall überlassen, ob die zweite Ehe schließlich von Anfang an gültig ist oder nicht. Wenn man übertreiben will, kann man sich auch noch vorstellen, daß jener Gatte noch eine dritte Ehe eingegangen sei, deren Gültigkeit nun davon abhängt, ob die zweite gültig ist oder nicht, was wiederum davon abhängt, ob die erste oder die zweite zuerst für nichtig erklärt oder sonst aufgelöst wird. Und so ad infinitum. Schließlich wäre es vielleicht noch von Wert, auszuproben, welche Folgen der Tod des Mannes (oder der zweiten Frau) vor der Nichtigkeitserklärung einer der Ehen hat.

Es ist klar, daß die herrschende Ansicht teils höchst unbillige Ergebnisse (a) zeitigt, teils einfach nicht durchzuführen ist (b).

3. Am klarsten aber wird die Unhaltbarkeit der herrschenden Anschauung bei Betrachtung der § 1309 — denn hier hat das Gesetz einen Standpunkt eingenommen, der mit jener allgemeinen Regelung durchaus nicht mehr vereinbar ist. Erinnern wir uns, daß nach herrschender Ansicht das Gesetz nur zwei Möglichkeiten kennt a) allen Erfordernissen ist genug getan: „gültige Ehe" oder „Ehe" schlechthin, b) es fehlt an einem wesentlichen Erfordernis: „nichtige Ehe". Es unterscheidet das Gesetz dann freilich in den weiteren Folgen zwischen verschiedenen Arten von nichtigen Ehen — doch wird in jedem Falle, in dem nicht alle nichtigen Ehen gemeint sind, genau die Grenze gezogen. Nach dieser Anschauung kann der Ausdruck „Ehe" im allgemeinen nur bedeuten „gültige Ehe"; wenn sich aber — z. B. aus einem Nachsatz — ergibt, daß mehr gemeint ist, so müssen a l l e nichtigen Ehen darunter fallen, wenn eben nicht, wie gewöhnlich, eine Ausnahme gemacht ist.

In § 1309 steht das Wort „frühere Ehe"; von ihr wird gesagt „bevor sie aufgelöst oder für nichtig erklärt ist", also ist hier „Ehe" als Oberbegriff für „gültige Ehe" und „nichtige Ehe" gebraucht (es ist der herrschenden Meinung nicht möglich, dieses Wort etwa noch in einem dritten Sinne zu gebrauchen, als Oberbegriff für 1. gültige Ehe, 2. einen Teil der nichtigen Ehen [die materiell-nichtigen] und 3. einen Teil des anderen Teils der nichtigen Ehen [die eingetragenen form-nichtigen]; ihre Anschauung gibt ihnen dazu gar keine Handhabe).

Steht man aber auf diesem Standpunkt[72], so ergeben sich nur zwei Möglichkeiten. Da auch die form-nichtige nicht eingetragene Ehe Ehehindernis ist, so kann, wer, kurz gesagt, im Konkubinat lebt, nur dann eine wirkliche Ehe eingehen, wenn sein Konkubinats-„Gatte" gestorben ist; denn eine Nichtigkeitserklärung kennt das Gesetz bei diesen „nichtigen Ehen" nicht, eine Scheidung ist gleichfalls unmöglich und das Gesetz kennt außer Nichtigkeitserklärung, Scheidung und Tod, keine Auflösung einer Ehe, also z. B. nicht einfaches Auseinandergehen. Natürlich wäre dieser Standpunkt unsinnig und tatsächlich undurchführbar.

Bleibt die andere Möglichkeit: „eine derartige nichtige Ehe kann auch durch Urteil, auf eine Feststellungsklage[73] hin, „für nichtig erklärt" werden. Man kann nicht einwenden, daß nur das auf die Nichtigkeitsklage ergehende Urteil „für nichtig *erkläre*" (allerdings wird der Ausdruck sonst nur hier gebraucht), daß jenes Urteil aber nur die Nichtigkeit *feststelle*; denn — nach der hier durchgeführten Meinung — ist ja auch das auf die Nichtigkeitsklage ergehende Urteil nur rein deklarativer Natur.

Die Folge wäre also, daß jene „nichtigen Ehen" so lange ein Ehehindernis bilden, bis sie durch das auf eine Feststellungsklage ergehende Urteil oder durch den Tod eines „Gatten" aufgelöst sind. — Diesen für die herrschende Meinung nur folgerichtigen Standpunkt — der sie allerdings auch fest ad absurdum führt[74], vertritt außer Francke nur Einer, Eck-Leonhard (II 382 N. II), nur in Knitschky (274 d) findet er insofern einen Genossen, als dieser die Wohltaten des § 1703 auch Kin-

[72] So Francke 422. AA., trotz ihrer Grundanschauung, die gesamte herrschende Meinung.

[73] Franckes Ansicht (421), daß prozessual diese „Ehe" wie die anderen „nichtigen Ehen" behandelt werden müsse, läßt sich mit § 1329 BGB. nicht vereinbaren.

[74] Alle dieser Erörterungen über § 1309 können auf § 1313 ganz gleich angewendet werden. Auch hier scheitert die herrschende Meinung, wenn sie nicht unsinnige Folgerungen ziehen will, am Sprachgebrauch des BGB.

dern aus jenen „nichtigen Ehen" zuweisen will (in § 1703 — für sich betrachtet — liegt die Frage ganz, wie eben erörtert; doch verweist der § 1703 ganz unverkennbar auf § 1699, dessen Abs. II, jene „Ehen" ausschließt. Knitschky ist also in jedem Falle im Unrecht). — Alle anderen Vertreter der herrschenden Meinung gehen mit einer leichten Bemerkung über die Schwierigkeit an diesem Punkte hinweg. „In solchem Falle liegt ein als Eheschließung in Betracht zu ziehender Tatbestand überhaupt nicht vor" (Neumann Hg. Anm. I 3 b zu § 1309), „so liegt eine Ehe im Rechtssinne überhaupt nicht vor" — Staudinger-Engelmann, Anm. III und ähnlich Fischer-Henle Anm. III zu § 1309 und Anm. II zu § 1324; „ein solches höchstens den Schein einer Ehe erweckendes Verhältnis kommt . . . überhaupt nicht in Betracht" Erler Pos. 37; oder sie vertreten den gleichen Standpunkt ohne jede Begründung (Hölder-Schmidt Anm. III zu § 1326 und 1 bβ zu § 1309 und Türcke Anm. III zu § 1309.)

Am besten lassen sich diese Äußerungen im Zusammenhang mit der von diesen Schriftstellern sonst vertretenen Ansicht prüfen, wenn man sich die Umkehrung ihrer Sätze betrachtet: „bei den anderen nichtigen Ehen liegt

1. ein als Eheschließung in Betracht zu ziehender Tatbestand
2. eine Ehe im Rechtssinne,
3. mehr als der Schein einer Ehe" vor.

Der erste Satz ist einfach falsch. Diese beiden Arten von Ehen unterscheiden sich nur durch die Eintragung. Diese aber ist nur ein Beweismittel und für den Tatbestand unwesentlich und nicht in Betracht zu ziehen. Was die anderen Tatbestandsmomente aber angeht, so ist sehr wohl möglich, daß gerade jene ausgeschlossenen nichtigen Ehen viel mehr Tatbestandsmerkmale aufzuweisen haben, als die bevorzugten; denn davon hängt es gar nicht ab. Die zweite und dritte Behauptung aber, der wir von unserem Standpunkte aus nur durchaus zustimmen können, zeigt, daß jene Schriftsteller ihre eigene Ansicht nicht bis zum Ende durchführen können, sondern im entscheidenden Augenblick ihrer eigenen Beweisführung den Todesstoß versetzen. Wie verträgt sich die Behauptung, daß bei gewissen Arten nichtiger Ehen eine Ehe im Rechtssinne, daß mehr als der Schein einer Ehe vorliege, noch mit dem Grundsatz, daß bei Fehlen eines der nötigen Erfordernisse ein Rechtsgeschäft nichtig, d. h. nicht vorhanden, also nicht eine Ehe, sondern nur der Schein einer Ehe zustandegekommen sei? —

Diese Beispiele dürften genügen, um die Unhaltbarkeit der herrschenden Meinung aufzuzeigen, die sich ja zum Schluß, ohne es zu wollen, selbst aufgibt. Es sei nur noch darauf hingewiesen, daß jene Ansicht bei ihrer Anwendung auf die anderen Reichsgesetze, wie es teilweise versucht (Endemann) ist, gänzlich Schiffbruch leiden muß.

B. Wenden wir uns jetzt zu der Frage, ob sich jene Ansicht im Gesetzbuche klar und unzweifelhaft durchgesetzt hat.

Die letzten Ausführungen, namentlich die §§ 1309 und 1313 zeigen ja schon, daß es zum mindesten nicht durchweg der Fall war. Aber prüfen wir die Grundlagen. —

Wenn wir von den philosophisch-soziologischen Grundlagen hier absehen, so stützt sich jene Ansicht im wesentlichen auf die Behandlung der Ehe als Vertrag und damit auf die Anwendung der vermeintlich allgemeingültigen Bestimmungen des allgemeinen Teils über Nichtigkeit und Anfechtbarkeit auf die Ehe.

Wir behaupten diesen Stützen gegenüber, daß es nicht möglich ist, allgemeine Regeln über Rechtsgeschäfte zu schaffen, die so allgemein sind, daß sie auch für die Ehe gelten, soweit man sie als Rechtsgeschäft und nicht richtiger als Rechtshandlung (Klöppel) auffaßt, oder wenigstens, daß es im BGB nicht gelungen ist, sachlich für die Ehe passende allgemeine Regeln über Nichtigkeit usw. aufzustellen. — Ferner behaupten wir, daß auch formal die Begriffe Nichtigkeit usw. des Buches Familienrecht nicht den Begriffen des allgemeinen Teils entsprechen. Endlich behaupten wir, daß auch im Familienrecht selbst die Begriffe Ehe, Nichtigkeit usw. nicht in demselben Sinne gebraucht sind. Daher muß es uns freistehen, da ein einwandfreier durchgeführter Begriffsgebrauch fehlt, diese Ausdrücke so aufzufassen und zu deuten, daß sich eine Regelung ergibt, die d e m Wesen der Ehe, das dem BGB zugrunde liegt, möglichst entspricht, und die ebenfalls nach Möglichkeit sachlich richtige Ergebnisse und — Anwendbarkeit auf die anderen Reichsgesetze ermöglicht.

I. Die Regeln des A.T. über Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte und Verträge passen sachlich nur für schuldrechtliche, nicht für familienrechtliche Verhältnisse. — Daß die Regeln über Verträge auch im ersten Sonderentwurf gar nicht im A.T., sondern im Recht der Schuldverhältnisse standen, ist schon erwähnt. —

Untersuchen wir die Bestimmungen über Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte, wie sie nach h e r r s c h e n d e r Meinung im A.T. niedergelegt sind.

(Auch diese Ansicht ist durchaus bestritten, doch kommt es auf diese Frage für uns hier nicht so sehr an. Über den Streit siehe: Schloßmann Zwang § 2, 3 und Vertrag; Leonhard Irrtum II § 16 und A.T. § 95.)

Die oben dargelegte Ansicht, daß ein Rechtsgeschäft eine Anzahl Tatbestandsmomente erfordert, daß, wenn ein solches Moment fehlt, kein rechtlich erheblicher Tatbestand zustandegekommen ist und man diesen mißglückten Versuch, diese Totgeburt „nichtiges Rechtsgeschäft" nennt, ist an sich ganz klar und unanfechtbar. Nur der Ausdruck „nichtiges Rechtsgeschäft" ist ungenau, eine schlechte Folge eines in diesem Punkte auch sonst schlechten Sprachgebrauchs [75].

Dieser fehlerhafte Sprachgebrauch sollte sich an der Rechtslehre rächen; denn „nichtig" hat dazu noch, wie das lateinische nullus, einen gefährlichen Doppelsinn: es heißt auch „fehlerhaft", „mangelhaft", „wert, vernichtet zu werden" — wie man von einem nichtigen Menschen, einer nichtigen Ursache spricht; „nichtig" bedeutet also nicht nur erkennende Verneinung einer Tatsache für die Gegenwart, sondern auch wollende, zwecksetzende Verneinung einer gegenwärtigen unbestreitbaren Tatsache für die Zukunft. Wenn wir, abgesehen von diesem verderblichen Sprachgebrauch, uns jene Lehre betrachten, so fällt sogleich das eine auf: sie läßt den Unterschied von inneren und äußeren Tatbestandserfordernissen gänzlich unberücksichtigt. Es ist aber für den Verkehr durchaus nicht unerheblich, ob die äußeren Tatbestandserfordernisse (oder wenigstens so viele, daß der Schein erweckt wird, es seien alle) vorliegen und es an einem inneren Erfordernis fehlt, das sich nicht nachprüfen läßt, oder ob gar kein äußerer Tatbestand vorliegt. Nun ist ja die Grenze, wo ein mangelhafter und wo gar kein Tatbestand vorliegt, natürlich sehr verschwommen und schwer festzustellen; da es sich aber im Schuldrecht um

---

[75] Es ist ein — leider — sehr üblicher Sprachgebrauch, einen Sachverhalt nicht als das zu bezeichnen, was er ist, sondern was er gern darstellte, und dann durch ein Beiwort auszudrücken, daß nur ein Schein vorliegt, also eigentlich das Hauptwort ganz zu Unrecht angewendet ist.

So spricht man von einem scheinbaren Erfolg, einer unechten Perle, einem falschen Prinzen, einem verräterischen Freunde, obwohl Erfolg, Perle, Prinz und Freund gar nicht vorhanden sind, sondern nur ihr Schein. So spricht auch das Gesetz von einem nichtigen Rechtsgeschäft, obwohl gar kein Rechtsgeschäft vorliegt, sondern nur ein diesem ähnlicher Tatbestand. Der Sprachgebrauch begeht hier beim Worte „nichtig" denselben Fehler, wie bei „natürlich", wo er auch nicht unterscheidet was ist und was sein sollte, oder wie Kant (7) sagt: „wenn man unter dem Wort natürlich das versteht, was billiger und vernünftiger Weise geschehen sollte; versteht man aber darunter das, was gewöhnlicher Maßen geschieht . . .".

Vermögensstücke handelt, so daß im allgemeinen — wenn auch nicht immer — etwaige Härten durch Schadensersatz- und Bereicherungsklagen wieder ausgeglichen werden können, so ist es — vielleicht — hier ganz angebracht, die Tatbestände, die äußerlich vollkommen (oder fast vollkommen) sind, wenn ein inneres Moment fehlt, zu behandeln, als liege überhaupt kein Tatbestand vor, aber, wie gesagt, dies ist nur im Vermögensrecht, und auch dort nicht ohne Härten durchführbar. Bei der Ehe liegt es aber ganz anders:

1. Gerade die besonderen, der Ehe eigentümlichen Folgen können gar nicht rückgängig gemacht werden. Daß ein Weib, das sich nie außerehelich hingegeben hätte, Mutter geworden ist, läßt sich nicht ungeschehen machen, ebensowenig die ganze eheliche Gemeinschaft, die nun doch einmal bestanden hat, und schließlich die aus ihr entsprossenen Kinder. Wenn im Vermögensrecht eine unberechtigte Vermögensverschiebung durch eine ähnliche Sachlage verursacht ist, so ist sie ungerechtfertigte Bereicherung, und es schadet keinem Menschen in seinem Ansehen, wenn ein Urteil feststellt, daß er eine ungerechtfertigte Bereicherung zurückerstatten muß — wenn aber festgestellt wird, daß die eheliche Lebens- und Geschlechtsgemeinschaft eine außereheliche war, daß die Kinder unehelich sind und die Mutter eine außerehelich Geschwächte ist, so ist dies für alle Beteiligten eine unerhörte Härte, ja, es ist sachlich einfach falsch, eine Fiktion.

2. Bei der Ehe (beim dinglichen Immobiliarvertrag ist's ähnlich) wirkt der Staat mit, ist eine große Anzahl von Formen erforderlich, so daß man schon zu dem Mittel des unwesentlichen Formerfordernisses greifen muß. Wenn nun durch das Mitwirken des Staates für ihn, die Beteiligten und alle Welt der Schein einer rechtsgültigen Ehe hervorgerufen worden ist, so hat dies nicht nur die weitgehendste privatrechtliche und persönliche, sondern auch gesellschaftliche und öffentlich-rechtliche Bedeutung. Die öffentlich-rechtlichen Folgen, die dieser Schein einer gültigen Ehe bewirkt hat, sind aber in den meisten Fällen gar nicht rückgängig zu machen.

Wir haben also erkannt, daß eine derartige Regelung vielleicht dem Schuldrechte, nicht aber dem Familienrechte angemessen ist.

II. Wir behaupten, daß auch formal die Begriffe Nichtigkeit usw. des Familienrechts — zum Teil — denen nicht entsprechen, die wir hier als für den allgemeinen Teil geltend, mit der herrschenden Meinung angenommen haben.

1. Wenn Nichtigkeit nur bedeutet: „das Rechtsgeschäft ist nie zustande gekommen", so sind Nichtigkeitsklage und -urteil nicht möglich. Darüber hinaus kann uns auch die Behauptung nichts nützen, dies Urteil sei deklarativ und die Nichtigkeit dürfe vorher nur nicht geltend gemacht werden. Hellwig (R.K. 451. A. 2) sagt mit Recht: „wenn nicht geltend gemacht werden kann, daß etwas nicht besteht, so besteht es eben für das Recht". Vielmehr ist diese Nichtigkeitsklage weiter nichts als eine Anfechtungsklage — wenn man das Wesen der Anfechtung darin sieht, daß die Fehlerhaftigkeit eines Rechtsgeschäfts einer besonderen Geltendmachung bedarf (Bekker G.u.M. 228, Leonhard Arch. 16). Ist man der Ansicht, daß bei der Anfechtuug das Wesentliche die Beschränkung des Rechts zur Geltendmachung auf einen bestimmten Personenkreis ist, wird man sich für diese Nichtigkeitsklage und die Anfechtungsklage einen neuen Oberbegriff wählen müssen; mit Nichtigkeit in dem vorbezeichneten Sinne hat jene Klage in keinem Falle etwas zu tun.

2. Was nie entstanden war, kann auch nie heilen. Um geheilt zu werden, muß ebenso, wie um vernichtet zu werden, etwas vorhanden sein, das davon betroffen wird. Das Gesetz kennt nun aber 4 Fälle der Heilung einer nichtigen Ehe (abgesehen von der Heilung der anfechtbaren Ehe, durch Bestätigung) nämlich nachträgliche Bestätigung — bei Nichtigkeit wegen Geschäftsunfähigkeit, nachträgliche Befreiung — bei Nichtigkeit wegen Ehebruchs, 10 Jahre eheliches Leben bei Nichtigkeit wegen Formmangels, sowie für denselben Fall, wenn vorher der eine Gatte starb, 3 Jahre. — Und zwar wirken diese Heilungen immer ex tunc.

Wir stellen also fest: eine Nichtigkeit, die manchmal heilen kann, während des Bestehens der Ehe aber immer eine besondere Klage zur Geltendmachung braucht, entspricht nicht der Behauptung, es sei „rechtlich nichts vorhanden[76]". Vielmehr kann hier Nichtigkeit nur den anderen schon erwähnten Sinn haben: „unvollkommen, fehlerhaft, mangelhaft, vernichtbar, anfechtbar, vernichtenswert".

Aber diesen Sinn hat das Wort „Nichtig" bezw. „nichtige Ehe" nicht *immer* im Familienrecht. Wir müssen also zwei Gruppen von Tatbeständen unterscheiden, die im Gesetz den gemeinsamen Namen nichtige Ehe führen. Das Gesetz unterscheidet — ein Überbleibsel aus dem

[76] Francke 421 gibt zu „Eine nichteingetragene Ehe nichtigen Abschlusses ist allerdings in mehreren Beziehungen nichtiger als die anderen Ehen es sind". Man denke sich: Ein rechtliches Nichts, und ein rechtliches Nichts, das „in mehreren Beziehungen nichtiger" ist als das Nichts! Wie läßt sich das noch mit dem Begriffe der Nichtigkeit vereinen?

E. I. — zwischen materiell- und formell-nichtiger Ehe, seit E. II bei letzterer wieder zwischen der eingetragenen und der nicht eingetragenen. Die Unterscheidungen sind nicht angemessen:

a) Das Gesetz kennt in der Behandlung keinen Unterschied zwischen der materiell-nichtigen und der ersten Gruppe der form-nichtigen Ehen [77].

b) Es gibt nichts Gemeinsames zwischen den beiden als form-nichtig bezeichneten Ehen.

Nach ihrer Regelung im Gesetz müssen wir also zwei Gruppen unterscheiden:

a) die vom Gesetze sog. „wegen Formmangels nichtige Ehe, die nicht ins Heiratsregister eingetragen ist" — d. h. also im Wesentlichen die Konkubinate, auch die mit kirchlicher Trauung natürlich, sowie der kleine Rest von „Ehen", die jenen gleich behandelt werden, weil weder die wesentliche Form vollständig eingehalten, noch durch Eintragung der Schein eines solchen Abschlusses hervorgerufen worden ist. Sie sind „nichtig" im Sinne des A.T., wie wir ihn oben darlegten, d. h. sie sind Verhältnisse, die schon nach Ansicht der Beteiligten nicht Ehe werden sollten oder es wenigstens nicht geworden sind, auch nicht fehlerhafte, aufhebbare Ehen. Sie haben daher auch, wie es dem Begriffe des A.T. entspricht, gar keine Rechtswirkungen. Von ihnen wird nach unserer Ansicht überhaupt nicht weiter zu reden sein. Daß das Gesetz sie dennoch immer erwähnte und ausdrücklich ausnahm, wenn es den nichtigen Ehen Wirkungen zubilligte (wie wir sahen, hat es das aber einige Male vergessen) ist nur aus dem fehlerhaften zweideutigen Gebrauche des Wortes nichtig zu erklären.

b) Die vom Gesetze sog. „wegen materiellen Mangels nichtige" und die „wegen Formmangels nichtige, aber ins Heiratsregister eingetragene Ehe". Da diese vom Gesetze in allen grundsätzlichen Fragen gleich behandelt werden, werden wir sie immer nur gemeinsam behandeln und sie vernichtbare Ehen nennen. — Über die Benennungen ist ein großer Streit entbrannt, da tatsächlich fast jeder Schriftsteller seine eigene Bezeichnung erfand, diese

[77] Daß letztere die Heilungsmöglichkeit durch Zeitablauf haben, kann dem nicht entgegengehalten werden, da dieser Punkt innerhalb der materiell nichtigen Ehe selbst ganz verschieden geregelt ist.

verteidigte und die der Gegner angriff. Auf diesen Streit hier noch einzugehen, wäre müßig.

Diese letzteren (b) sind wirkliche Ehen, doch sind sie vernichtbar, d. h. es kann sie jeder rechtlich Interessierte und im öffentlichen Interesse auch der Staatsanwalt angreifen, worauf sie der Richter im Nichtigkeitsurteil vernichten muß. Sie tragen also den tödlichen Krankheitskeim in sich. Werden sie nicht angegriffen, so sind sie bis zu ihrer natürlichen Auflösung durch Tod oder Scheidung Ehen geblieben. Manche von ihnen leiden an einer nicht einmal unbedingt tödlichen Krankheit; bei ihnen ist eine Heilung möglich. — Hielt auch nur ein Gatte den Abschluß der Ehe für einwandfrei, so kann auch für die Zukunft die Nichtigkeitserklärung oder sonstige Auflösung der Ehe den Rechten der daraus entsprossenen Kinder nichts anhaben, sie behalten ihre Rechte als eheliche Kinder.

Wir haben festgestellt, daß der Ausdruck „Nichtigkeit" im Familienrecht nicht immer dem Begriffe des A.T. entspricht; da wir aber ebensowenig behaupten können, daß er im Familienrecht immer dem Begriff „vernichtbar" entspreche, so müssen wir uns mit dem Ergebnis abfinden, daß im Familienrecht der Begriff Nichtigkeit keine durchaus feststehende Bedeutung hat, daß also jedesmal erst gefragt werden muß: „welchen Sinn hat dieses Wort an dieser Stelle?" Natürlich ist hier Gelegenheit zu Streitfragen gegeben; das hat uns das Gesetz nicht erspart; immerhin wird sich im allgemeinen aus Zusammenhang und Sinn der Stelle klar ergeben, welche Bedeutung des Wortes anzunehmen ist.

Ein weiteres Ergebnis unserer Betrachtung ist, daß es zwei Arten von Ehen gibt, unangreifbare, gültige und angreifbare, mangelhafte, von denen eine Anzahl, die sog. anfechtbaren, nur von einem Ehegatten bezw. gesetzlichen Vertreter, die anderen, auch „nichtige" genannt, von jedem rechtlich Interessierten, auch vom Staatsanwalt, angegriffen werden können.

„Ehe" ist für die beiden Hauptgruppen der Oberbegriff, so daß sich als Begriff der Ehe ergibt, nicht, wie nach gegnerischer Ansicht „ein besonderes geregeltes Rechtsgeschäft, das alle gesetzlichen Erfordernisse aufweist", sondern „ein Verhältnis zwischen Mann und Weib, bei dessen Zustandekommen die Formvorschriften des § 1317 BGB entweder tatsächlich oder wenigstens nach Aussage des Heiratsregisters gewahrt sind."

Wo wir also im BGB. oder einem anderen Reichsgesetze diese Worte oder die entsprechenden Ausdrücke „ehelich", „Verheiratung", „Gatte"

finden, muß man im allgemeinen annehmen, daß dieser Begriff gemeint sei; im allgemeinen — denn es wird, weil ja der Sprachgebrauch nicht einheitlich ist, immer Fälle geben, in denen es klar ist, daß nur „gültige Ehe" gemeint ist.

Dabei ist aber folgendes zu beachten. Aus den Bestimmungen über eheliche Kinder und Vermögensauseinandersetzung ergibt sich, daß das Gesetz der Nichtigkeitserklärung (für anderweitige Auflösung durch Tod, Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung und Scheidung gilt immer das gleiche) nicht nur, wie der Auflösung einer gültigen Ehe, die Bedeutung beimißt, daß zukünftige Ehewirkungen nicht mehr entstehen können, sondern, daß in diesem Falle die Wirkungen der durch die Ehe bewirkten Rechtsverhältnisse, soweit nicht Ausnahmen gemacht sind, ebenfalls für die Zukunft aufhören. Von einer Feststellung einer schon vorhandenen Nichtigkeit (im Sinne von Nichtsein) unterscheidet sich diese Rechtslage einerseits dadurch, daß jene Wirkungen bis zu diesem Augenblick eben tatsächlich und rechtlich bestanden haben, und daß die Behauptung, sie hätten niemals bestanden, eben doch nur eine der tatsächlichen und Rechtslage widersprechende Fiktion ist, andererseits aber auch dadurch, daß auch unserer Ansicht nach alle Rechte und Pflichten, die durch jene für die Zukunft beseitigten Rechtswirkungen der Ehe hervorgerufen worden sind, von der Auflösung unberührt bleiben, auch, soweit sie in die Zukunft reichen, während nach der gekennzeichneten Nichtigkeitsfiktion jene Wirkungen nie bestanden und daher auch jene Rechte und Pflichten nie hervorgerufen haben.

Um diesen Unterschied an einem Beispiele zu zeigen: die Frau verliert den Namen, den sie in der Ehe getragen hatte, während sie ihn bei Scheidung im allgemeinen beibehält. Dasselbe ist mit ihrer Staatsangehörigkeit der Fall (s. u.). Hat sie dagegen auf Grund ihrer Staatsangehörigkeit ein Recht erworben, oder ist sie infolge der Staatsangehörigkeit zu einer Leistung z. B. Steuern verpflichtet, so kann sie auch noch nach der Auflösung diese Leistung fordern bezw. muß ihre fälligen Steuern zahlen (für die Zukunft natürlich nicht mehr). Nach der Nichtigkeitsfiktion dagegen wäre beides nicht der Fall, da die Staatsangehörigkeit niemals bestanden hatte und daher die notwendige Voraussetzung für Rechte und Pflichten fehlte.

Damit könnten wir diesen Abschnitt abschließen. Wir wollen aber, um die Richtigkeit unserer und die Unhaltbarkeit der gegnerischen Ansicht darzutun, noch die Wirkung der beiden Ansichten darzulegen suchen.

A. Im BGB. ist dieser Streit deshalb nicht von überragender Bedeutung, weil dieses Gesetz die wichtigsten Punkte schon in unserem Sinne — wenn auch scheinbar jedesmal als Ausnahme — geregelt hat; an diesen Stellen hat unsere Ansicht nur die Bedeutung, daß sie die unnütze und den Tatsachen widersprechende Nichtigkeitsfiktion vermeiden kann. Aber, wie wir schon sahen, gibt es im BGB. immerhin noch Stellen, wo die besondere Regelung fehlt und die gegnerische allgemeine Anschauung zu ganz unbilligen, ja unmöglichen Ergebnissen führt. Nehmen wir daher die oben dafür angezogenen Beispiele.

I. § 204. Da im Zweifel unter „Ehe" der Oberbegriff von unangreifbarer und angreifbarer Ehe zu verstehen ist, so verjähren zwischen den Gatten einer nichtigen Ehe die Schulden nicht. Dafür, daß eine Ausnahme zu machen und unter Ehe nur die unangreifbare Ehe zu verstehen sei, spricht nichts; die causa der Bestimmung ist für beide Fälle genau die gleiche. Die Lösung ist ebenso einfach wie gerecht.

II. § 1310. Es liegt kein Grund vor, warum ein Mann die Mutter oder Tochter seiner Frau aus seiner fehlerhaften Ehe heiraten darf, nicht aber, wenn die Ehe fehlerlos ist. Solange die Ehe nicht vernichtet ist, ist man mit den Vorfahren und Nachkommen der Frau verschwägert. Streitig wäre nur, wie es nach Auflösung der nichtigen Ehe steht. Durch die Auflösung erlöschen ja, wie wir sahen, die durch die Ehe begründeten Rechtsverhältnisse und können für die Zukunft keine neuen Wirkungen hervorrufen. Also ist man eigentlich nicht mehr verschwägert; doch sagt das Gesetz § 1590 II: „die Schwägerschaft dauert fort, auch wenn die Ehe, durch die sie begründet wurde, aufgelöst ist". Sicher haben die Verfasser nicht die Auflösung einer nichtigen Ehe durch Nichtigkeitserklärung oder sonst in diesem Satze gemeint, — aber sie haben auch unter „Ehegatten" Absatz I nur die Gatten einer mangelfreien Ehe gemeint und sind eben überhaupt von ganz anderen Grundlagen ausgegangen, als wir, so daß uns ihre Auffassung hier unmöglich maßgebend sein kann. Aber der leitende Gedanke, den sie in jenem Absatz niedergelegt haben, kann durchaus für uns maßgebend sein: soll ich einem Menschen nicht mehr verwandtschaftlich nahestehen, nur weil eine Ehe zwischen mir und einem Dritten nicht mehr besteht? Dieser Satz hat seine Gültigkeit, ob die Ehe nun fehlerhaft war oder nicht. Wir können daher unter Anwendung dieser Gesetzesstelle erklären: auch nach Auflösung einer nichtigen Ehe darf man nicht die Mutter oder Tochter seiner früheren Frau heiraten.

III. § 1309 (bezw. 1313). Nach unserer Anschauung ist die sog. „wegen Formmangels nichtige und nicht ins Heiratsregister eingetragene Ehe" keine Ehe, kann daher auch nicht irgendwelche Rechtswirkung erzeugen, ist überhaupt nichts rechtlich Wirkliches, sondern nur die Feststellung der Tatsache, daß eine Ehe nicht da ist; daher kann dieser negative Tatbestand niemals eine „frühere Ehe" sein. Nach § 1319 sind also die unangreifbare wie die angreifbare Ehe ein Ehehindernis, letztere, wie § 1326 zeigt, nur aufschiebend.

B. Bei Betrachtung der Rolle, die die „Ehe" usw. in den anderen Reichsgesetzen spielt, wird eins sofort klar: ganz unmöglich ist hier die Anwendung der Regel, daß die Ehe zwar von Anfang an nicht vorhanden sei, daß man aber diese Tatsache erst nach ihrer Auflösung geltend machen könne. Zu was für unmöglichen Folgerungen diese Ansicht bei der prozessualen Durchsetzung eines zivilrechtlichen Anspruches führt, haben wir schon oben gesehen. Dann stelle man sich aber erst einen Strafprozeß vor, wo der Richter nicht einmal gezwungen ist, auf Antrag das Verfahren bis zur Entscheidung der Ehenichtigkeitsfrage auszusetzen, wenn er auch dazu berechtigt wäre (§ 227 Str.P.O.). Man bedenke, wie groß in diesem Falle die Verwirrung würde und wie sehr die Entscheidung hier von den Zufällen abhinge. Dabei ist ja der Begriff der „Ehe" und namentlich der „Angehörigen" im Strafrecht von der weitestgehenden Bedeutung. Dann erwäge man die Bedeutung der familienrechtlichen Verhältnisse im Verfahren bei Ablehnung von Richtern und Sachverständigen, Beeidigung von Zeugen usw. Alles, was zu Recht in einem dieser Punkte in der einen Instanz geschehen wäre, müßte in der nächsten oder noch in derselben Instanz zu Recht wieder umgestoßen werden, die Folgen wären nicht auszudenken. Schließlich stelle man sich die Wirkungen vor, die diese nachträgliche Feststellung der Nichtigkeit bei den durch Staatsangehörigkeit und Unterstützungswohnsitz schon erworbenen Rechten haben würde. Ausländerinnen können an einigen deutschen Hochschulen (Jena) nur mit besonderer Erlaubnis immatrikuliert werden, andererseits ist an der Technischen Hochschule zu München die Zahl der Studenten aus bestimmten Ländern kontingentiert (Entschl. Nr. 8587 des Kgl. Bayr. Staatsministeriums des Innern für Kirchen- und Schulangelegenheiten vom 13. April 1911); schließlich zahlen allgemein die Ausländer an den Hochschulen höhere Gebühren. Nehmen wir folgenden Fall: eine ehemalige Ausländerin lebt mit einem Deutschen in sog. nichtiger, fehlerhafter Ehe. Sie läßt sich immatrikulieren, da sie die nötigen Erfordernisse, sagen wir das Abgangszeugnis eines deutschen

Gymnasiums besitzt. Sie muß, da niemand die Nichtigkeit der Ehe geltend machen darf, ohne besondere Erlaubnis, oder im anderen Falle, obwohl das betr. Kontingent erreicht ist, immatrikuliert werden und zahlt mit Recht nur die Gebühren für Deutsche. Mitten im Semester wird die Ehe für nichtig erklärt oder der Mann stirbt. Nunmehr kann, nach gegnerischer Ansicht, geltend gemacht werden, daß sie 1. zu Unrecht immatrikuliert war, denn sie war nie eine Deutsche, 2. zu Recht immatrikuliert war, denn das durfte zur Zeit der Immatrikulation nicht geltend gemacht werden. Das oder die Semester dürfen ihr nicht angerechnet werden, wenn sie etwa später mit besonderer Erlaubnis ihre Studien fortsetzen will, und namentlich — sie muß die Ausländergebühren nachzahlen, obwohl sie damals zu Recht nur die Gebühren für Deutsche zahlte. Wenn sie schon 5 Semester studiert hatte, sind dann die Gebühren und Vorlesungsgelder nach § 196 Nr. 11 BGB verjährt? oder ist die Verjährung gehemmt, weil sie „aus einem anderen Grunde vorübergehend zur Verweigerung der Leistung berechtigt war"? War sie dazu berechtigt? Damals: sicher; denn es durfte niemand das Gegenteil geltend machen. Jetzt aber ist festgestellt, daß sie nie dazu berechtigt war; denn die „Ehe" soll ja nie bestanden haben! Wie ist zu entscheiden?

Zum Schluß: sie ist, als die Ehe noch bestand, als „lästige Ausländerin" aus Preußen ausgewiesen. Wie ist auf ihre Beschwerde hin zu entscheiden, wenn ihr Mann inzwischen gestorben ist? Einerseits war damals die Ausweisung sicher zu Unrecht erfolgt, denn es durfte niemand geltend machen, daß sie nicht mit dem Deutschen verheiratet, daß sie also Ausländerin war. Andererseits kann jetzt, da die Ehe durch den Tod aufgelöst ist, jeder geltend machen, daß sie nicht verheiratet, nicht Deutsche war. Aus diesen Widersprüchen und Unmöglichkeiten, die sich aus allen Gebieten des Rechts unendlich häufen ließen, ergibt sich, daß der Versuch, die herrschende Meinung in dieser Form auch auf die anderen Reichsgesetze anzuwenden (wie es z. B. Endemann F. versucht) unzulässig ist. — Nach dieser Erkenntnis muß die herrschende Meinung erklären: da die Bestimmung des § 1326 nur für das bürgerliche Recht gilt und die Frage nur die ist: „ist im Sinne der Reichsgesetze eine nichtige Ehe eine „Ehe"? — so ist zu antworten: nein.

Wir hinwiderum müssen von unserem Standpunkte aus sagen: ja.

C. Anwendung

Betrachten wir, wie diese Ansichten in den Reichsgesetzen durchzuführen wären.

1. Prozeß

Zu erwähnen ist hier, daß die Z.P.O. teilweise dem falschen Sprachgebrauch des BGB. hat folgen müssen, siehe die neuen §§ 151 ff.

§ 13 Z.P.O. Der allgemeine Gerichtsstand einer Person wird durch den Wohnsitz bestimmt. Daß die Frau während des Bestehens der fehlerhaften Ehe den Wohnsitz und damit den allgemeinen Gerichtsstand des Mannes teilt, werden die Gegner nicht bestreiten, schon weil diese Bestimmung auf das BGB. verweist. Wenn sie allerdings die dort vertretenen Anschauungen hier anwenden wollen, so hieße das: wenn während des Verfahrens die Ehe durch den Tod des Mannes oder sonst aufgelöst wird, kann die Frau eine prozeßhindernde Einrede nach § 274 II 1 Z.P.O. anbringen, was ihr nach Absatz III auch nach der Verhandlung zur Hauptsache möglich wäre. Wir wollen diese Fragen hier nicht bis in die Instanzen weiter ausspinnen.

Unserer Ansicht ist Stein N. III 2 zu § 13.

§ 41 Nr. 2. Ist ein Richter (§ 42 Z.P.O. § 22 Nr. 2, 3 Str.P.O. und R.Fr.G.G. §§ 6, 7, vgl. auch § 170/2 — oder Handelsrichter G.V.G. § 116, Gerichtsvollzieher G.V.G. § 156 I u. II, Schiedsrichter § 1032 Z.P.O. Gerichtsschreiber § 49 Z.P.O. Sachverständiger § 406 Z.P.O. und 72 Str.P.O. Dolmetscher § 193 G.V.G.) ausgeschlossen bezw. kann abgelehnt werden 1. zur Zeit des Bestehens der angreifbaren Ehe a) in Sachen seiner Ehefrau, b) in Sachen der Vorfahren oder Nachkommen seiner Ehefrau. 2. Nach Auflösung dieser Ehe, a und b wie oben?

1. a) Unsere Ansicht: sie ist seine Ehefrau, denn er lebt mit ihr in einer — fehlerhaften — Ehe, also: ja.

   Die Gegner: die Ehe besteht nicht — nein —.

   b) Unsere Ansicht: also ist er mit jenen verschwägert; — ja. —

   Die Gegner: also ist er mit jenen nicht verschwägert; — nein.

2. a) Das Gesetz sagt „auch wenn die Ehe nicht mehr besteht" (siehe darüber oben S. 79) — ja.

   Die Gegner: nach Auflösung kann das „nie bestanden haben" ohne jede Beschränkung geltend gemacht werden — nein.

   b) entsprechend.

Daß unsere Entscheidung inhaltlich die richtige ist, ist wohl nicht zu bestreiten. Zustimmend Stein zu § 41 Nr. 2.

Die Zeugnisverweigerung. §§ 383 ff. Z.P.O 51 ff. Str.P.O. Auch wenn die betr. Ehe fehlerhaft ist, ist der Zeuge in diesen Fällen zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt — auch nach Auflösung der Ehe. Begründung: wie oben. Die Gegenansicht natürlich bestreitet es (dieser Ansicht scheint Sydow-Busch Anm. 5 zu § 383, wenn er als Auflösungsgründe nur Tod, Todeserklärung [richtiger: Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung] und Scheidung anführt). Unserer Ansicht Stein unter Verweisung auf § 41 Nr. 2.

§ 646 Z.P.O.:

a) der Ehegatte ist auch bei fehlerhafter Ehe zum Entmündigungsantrag berechtigt. Nach Auflösung der Ehe aber nicht mehr — ebenso wie bei gültiger Ehe. Diese Entscheidung ist auch den praktischen Verhältnissen ganz angemessen. Die entgegengesetzte würde, ganz abgesehen von § 1329, dessen Berücksichtigung die Entscheidung g a n z verwirren würde, doch an der dem § 1329 ähnlichen tatsächlichen Lage scheitern. Es würde dann die Entscheidung von dem zufälligen Wissen des Richters von dem Mangel der Ehe abhängen, und unnütz eine Anzahl falscher Entscheidungen gefällt werden.

b) Bei dem Begriff „Verwandter" wäre das Entsprechende zu sagen.

Das Gleiche gilt für die Berechtigung zur Anfechtung des Entmündigungsbeschlusses § 664 II.

Ähnlich liegt es bei §§ 741 ff., wo die Gegner bei dem innigen Zusammenhang dieser Stellen mit den Bestimmungen des BGB. doch den § 1329 BGB. hineinziehen müßten, was aber dann zu sinnlosen Verwirrungen führen würde. Immerhin wäre hier noch zu beachten, daß in manchen dieser Fälle § 1344 BGB. in Betracht käme, was oft helfen wird. Unsere Entscheidung: die §§ gelten solange, als die Ehe besteht, auch wenn sie fehlerhaft ist.

§ 850 IV. Daß § 1329 nicht angewendet werden kann, ohne im Rechtsstreit zu Ungeheuerlichkeiten zu führen, ist bereits erwähnt. Aber auch ohne ihn führt die gegnerische Ansicht zu den unbilligsten Ergebnissen.

a) Es liegt, abgesehen von den Schwierigkeiten in der Ausführung, kein Grund vor, warum die zivilrechtlich noch gültigen (denn hier gilt § 1329!) Ansprüche dadurch in der durch § 1329 erwirkten Gleichstellung mit den Ansprüchen aus gültiger Ehe nachträglich dadurch gemindert wer-

den sollen, daß ihnen die gleiche Möglichkeit zwangsweiser Durchführung wie diesen versagt wird. Ebensowenig ist einzusehen, warum ein uneheliches Kind den Vater dann soll schärfer pfänden können, wenn eine Ehe, in der dieser lebt, mangelhaft, als wenn sie gültig ist.

b) Noch einfacher liegt der Streit bei dem Worte „frühere Ehegatte"; bei mangelhafter Ehe kämen also hier die Unterhaltsbeträge nach § 1345 in Betracht. Nach Auflösung bleibt der herrschenden Meinung nach der Nichtigkeitsfiktion nur zu sagen: wir sind nunmehr berechtigt, geltend zu machen, daß eine Ehe nie bestanden hat (in diesem Sinne ist ja auch immer zu verfahren, wenn es hieß „auch wenn die Ehe nicht mehr besteht" (s. o.). Die Beträge müssen also trotz der zivilrechtlichen Gleichstellung in § 1345 doch bei der Vollstreckung schlechter behandelt werden als die aus einer geschiedenen gültigen Ehe. Auch darf daher zugunsten eines unehelichen Kindes ohne diese Rücksicht gepfändet werden. Unsere Entscheidung vermeidet diese Ungerechtigkeiten, denn nach unserer Ansicht bestand ja eine — mangelhafte — Ehe, und wenn sie auch jetzt nicht mehr besteht, so kann man doch noch immer von einer früheren Ehe reden. Zustimmend Stein (8/9) B. II. S. 660.

Eine weitere Frage wäre noch: was heißt an dieser Stelle „uneheliches Kind"? Die Kinder aus mangelhaften Ehen kommen hier in soweit, als die Ehe noch besteht, nicht in Betracht, denn für diese Zeit sind sie „Verwandte" im Sinne des § 850. Nach der Auflösung dieser Ehe fallen sicher die wegen beiderseitigen bösen Glaubens als unehelich behandelten Kinder und ihre Ansprüche nach § 1703 unter § 850 Z.P.O. Fraglich ist es nur bei den Kindern nach §§ 1699, 1700. Hier ist zu bedenken, daß die Kinder die rechtliche Stellung ehelicher haben, wenn auch nach unseren Grundsätzen eigentlich mit Auflösung der Ehe ihre Eigenschaft als eheliche Kinder für die Zukunft aufgehört hatte.

Wenn ihnen das Gesetz so materiell rechtlich die gleiche Stellung wie den Kindern aus gültiger Ehe verleiht, so hätte es keinen Sinn, diese Stellung insofern zu beeinträchtigen, als man sie in der Vollstreckung gegen jene zurücksetzte. Anderer Ansicht — ohne Begründung Stein (8/9).

Schließlich sei noch kurz auf die Ausdrücke „Ehegatte", „Ehefrau" in den §§ 861 ff. hingewiesen.

Aus dem Strafprozeß sei endlich noch erwähnt, daß der Gatte bei einer mangelhaften Ehe doch „Ehemann" im Sinne der §§ 149 und 340 ist, was einerseits dem Sinne dieser Bestimmungen entspricht, während

andererseits das Gegenteil in einer großen Anzahl von Fällen gar nicht beachtet werden könnte und nur zu Verwicklungen Anlaß gäbe.

Dagegen sind in den §§ 401, 433, die beide den Tod des Verurteilten bezw. Privatklägers und damit die Auflösung seiner Ehe voraussetzen, die Ehegatten, Verwandten in absteigender Linie und Kinder nur vorhanden, wenn die Ehe gültig war, da sie mit der Auflösung der mangelhaften Ehe diese Eigenschaft verlieren; bei den Abkömmlingen gilt dies nur, falls keiner der Eltern gutgläubig war. Bei den Verwandten aufsteigender Linie bezw. Eltern, hängt es davon ab, ob die Ehe, der der Tote bezw. einer seiner Vorfahren entsprossen ist, noch besteht, dann gelten auch jene als Verwandte. Ist aber die Ehe gelöst, so sind zwar die Mutter und ihre Vorfahren, bezw. die Gattin der nichtigen Ehe und ihre Vorfahren mit dem Toten verwandt, der Vater bezw. Gatte der nichtigen Ehe aber und seine Vorfahren nur, wenn er oder seine Gattin gutgläubig war.

2. Strafgesetzbuch

Für die folgende Betrachtung wird daran festzuhalten sein, daß ein Irrtum eines der Beteiligten über die Gültigkeit der Ehe als Zivilrechtsirrtum in Betracht zu ziehen wäre, und daß andererseits oft ein Mangel des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit festzustellen sein wird.

Zunächst spielt im Strafrecht eine wichtige Rolle der Begriff „Angehörige" § 52, II „als Angehörige im Sinne dieses Strafgesetzes sind anzusehen Verwandte[78] und Verschwägerte auf- und absteigender Linie . . . Ehegatten, Geschwister und ihre Ehegatten . . ."

I. Diese Angehörigen oder einzelne von ihnen haben nach Str.G.B. folgende Sonderstellung:

---

[78] Die Verwandten kommen hier wie sonst im Str.G.B. nicht in Betracht; denn man wird hier keinen Unterschied zwischen ehelicher und unehelicher Zeugung machen dürfen, da es hier nur auf die Naturtatsache der Abstammung ankommt. Diese unsere Ansicht wird im Gegensatz zum BGB., das im allgemeinen die uneheliche Vaterschaft nicht als verwandtschaftsbegründend ansieht (§ 1589 II, Ausnahme § 1310 II) von Frank (§ 51 N. IV. 1.) und der herrschenden Ansicht vertreten.

Da für den Begriff „Geschwister" mit Recht nur verlangt wird, daß sie wenigstens einen Erzeuger gemeinsam haben, so spricht auch hier die Frage nach der Nichtigkeit der Ehe nicht mit.

Die anderen in § 54 aufgezählten, hier nicht erwähnten Angehörigen kommen für unsere Streitfrage überhaupt nicht in Betracht.

1. Straffrei ist

a) eine Handlung, die unter dem Drucke einer Drohung mit einer Gefahr für Leib und Leben des Täters oder eines Angehörigen begangen ist. § 52 I.

b) eine Handlung, die in einem . . . Notstande zur Rettung aus einer gegenwärtigen Gefahr für Leib und Leben des Täters oder eines Angehörigen begangen worden ist. § 54 [79].

c) 1. Diebstahl und Unterschlagung (§ 247, II u. § 248 a), 2. der sog. kleine Betrug § 264a und 3. der sog. Mundraub (§ 370 I 5 II) zwischen Ehegatten (und von Vorfahren gegen Nachkommen s. o. Anm.).

d) die dem Täter oder Teilnehmer von einem Angehörigen gewährte Begünstigung, wenn sie gewährt wurde, um ihn der Bestrafung zu entziehen. § 257 II [80].

2. Dagegen ist Voraussetzung der Strafbarkeit [81] die Eigenschaft als

a) (Verwandte § 173, I und Geschwister Abs. II kommen nicht in Betracht s. o. Anm.) Verschwägerte auf- und absteigender Linie § 173 II (s. auch Abs. IV.) bei Bestrafung wegen Blutschande.

b) (Eltern usw. kommen nicht in Betracht s. o.) Ehemann gegenüber der Ehefrau, bei Kuppelei, auch wenn sie weder gewohnheitsgemäß noch aus Eigennutz betrieben wird. § 181 I Nr. 2 s. auch Abs. III.

3. Voraussetzung der Strafmilderung ist die Provokation eines Angehörigen des Totschlägers (oder seiner selbst) § 213.

4. Verschärfend wirkt die Eigenschaft als Ehemann, der „Frauensperson" bei Zuhälterei § 181 a II.

5. Das Vergehen ist nur auf Antrag zu verfolgen, wenn der

a) Diebstahl — § 247 I,

---

[79] Zu erwähnen ist hier, daß seit BGB. die Beschränkung auf Angehörige weggefallen ist, soweit es sich um Sachbeschädigung handelte, wenn entweder die geschädigte Sache selbst drohte und der Schaden nicht außer Verhältnis zu der Gefahr stand (§ 228 BGB.) oder allgemein, wenn der sonst drohende Schaden gegenüber dem durch Einwirkung auf die fremde Sache herbeigeführten Schaden unverhältnismäßig groß wäre (§ 904 BGB.); in beiden Fällen muß natürlich die Einwirkung oder Zerstörung zur Abwendung der Gefahr nötig gewesen sein.

[80] Nicht jedoch, wenn sie vorher zugesagt war — § 257 III, 2 — oder im Falle der Personenhehlerei — § 258 III.

[81] Die besonderen Ehedelikte §§ 171, 172, 338 werden weiter unten behandelt.

b) Betrug — § 264 IV,

c) Jagdfrevel — § 292 IV,

sich gegen Angehörige richtet.

6. Zurücknahme des Antrags ist zulässig, wenn das Vergehen sich gegen Angehörige richtete:

a) in den Fällen 5 a bis c,

b) bei leichter vorsätzlicher und aller fahrlässigen Körperverletzung, sofern sie nicht mit Übertretung einer Amts-, Berufs- oder Gewerbspflicht begangen worden ist — § 232 II und

c) bei vorsätzlicher Sachbeschädigung — § 303 IV.

Im Fall b und c war die Verfolgung allgemein vom Antrag des Verletzten abhängig.

7. Ein Antragsrecht haben, obwohl nicht selbst unmittelbar verletzt,

a) (Eltern, Kinder und) der Ehegatte bei Beschimpfung des Andenkens eines Verstorbenen (die Verfolgung hängt hier von dem Antrag ab) § 189 III; doch kommt diese Bestimmung für uns nicht in Betracht, da das Vergehen zu einer Zeit begangen sein muß, wo die Ehe schon durch Tod aufgelöst ist, also sowohl nach unserer wie der herrschenden Meinung der Überlebende nicht mehr Ehegatte ist.

b) Der Ehemann bei Beleidigung der Ehefrau. § 195.

II. Eine andere Gruppe von Bestimmungen, die von der Streitfrage getroffen werden, ist die, welche die Ausdrücke „unverehelicht" und „außerehelich" gebraucht.

1. „Unverehelicht" muß die minderjährige Frauensperson, die mit ihrem Willen entführt ist, sein, wenn der Entführer bestraft werden soll. § 237, I.

2. „Außerehelich", muß der Beischlaf sein, wenn der Täter strafbar sein soll, der die

a) geisteskranke, willen- oder bewußtlose (§ 176 2),

b) vergewaltigte, bedrohte, willen- oder bewußtlos gemachte, (§ 177 I)

Frauensperson mißbraucht.

Daß bei materiell-nichtiger Ehe (oder form-nichtiger, aber eingetragener Ehe, bei der also im allgemeinen eine echte Trauungshandlung vorgenommen, eine Vorspiegelung also kaum möglich ist) der Beischlaf

nicht als außerehelich anzusehen ist, ergibt sich schon daraus, daß sonst der bösgläubige Gatte bei fehlerhafter Ehe nach § 179 bestraft werden müßte, aber was sicher nicht im Sinne dieser Bestimmung liegt und auch nicht billig wäre, da der dolus des Gatten schon durch § 170 betroffen wird und andererseits bei den vielleicht Jahre hindurch dauernden, unzähligen Verstößen gegen dieses Gesetz ein ganz unbilliges Strafmaß sich ergeben würde, wenn man diesen Fall nicht als Musterbeispiel des von der Rechtswissenschaft erfundenen sog. fortgesetzten Verbrechens behandeln will (an ein Zustandsverbrechen ist hier nicht zu denken!). Zugegeben sei, daß unser Resultat hier unbillig ist; heißt es doch mit dürren Worten: „Man darf ungestraft seine Gattin bei fehlerhafter Ehe vergewaltigen und mißbrauchen"; wenn man aber bedenkt, daß — zweifellos, — dasselbe Ergebnis vorliegt, wenn die Ehe gültig ist, so erkennt man, daß hier der Fehler anderweitig im Gesetze liegt und mit unserem Streite nichts zu tun hat. Ein billigeres Ergebnis wäre es, daß ein Gatte, der wegen der Nichtigkeit der Ehe bösgläubig war, wegen des Mißbrauchs bestraft werden könnte, wenigstens, wenn der andere sich geweigert hatte, weil er erkannte, daß die Ehe vernichtbar sei. So wird ja in solchem Falle die an sich bestehende Verpflichtung zur ehelichen Gemeinschaft aufgehoben sein, denn das Verlangen nach ihr würde sich als Mißbrauch des Rechtes auf diese Gemeinschaft darstellen (§ 1353 II BGB.); so kann auch in diesem Falle das Gericht durch einstweilige Verfügung auf Antrag das Getrenntleben der Ehegatten gestatten (§ 627 Z.P.O.) — aber für eine derartige Ansicht gibt uns das Gesetz keinen Anhalt; wird doch auch der Ehemann, der von seiner Frau wegen wiederholten Ehebruchs oder sonst von ihm verschuldeter tiefer Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses auf Scheidung verklagt ist, nicht bestraft, wenn er in dieser Zeit seine Frau mißbraucht!

In allen diesen Fällen zu I und II begründet nach unserer Ansicht auch die fehlerhafte Ehe die Eigenschaft als Ehegatten, Verschwägerte, verehelicht, ehelich usw., soweit nicht etwaige Ausnahmen schon an Ort und Stelle erwähnt sind. War die fehlerhafte Ehe im Augenblicke der Tat aber schon aufgelöst, so lag damals gar keine Ehe vor (soweit in diesem Falle das Gesetz nicht selbst Ausnahmen macht), also waren auch die betreffenden Eigenschaften nicht mehr vorhanden. Die gegnerische Meinung wird in allen diesen Stellen entweder unbedingt die Eigenschaft als Angehöriger usw. verneinen, da nie eine Ehe bestanden habe, oder sie muß ihre Stellung nach § 1329 davon abhängig machen, ob zur Zeit — des Urteils (!) die Ehe aufgelöst war. Von dieser Ansicht abgesehen, die

notwendig im Verfahren zu Unmöglichkeiten führt, wird ein Vergleich der einzelnen Folgen nach unserer wie nach gegnerischer Meinung ergeben, daß unsere Lösung nicht nur die einfachere und praktischere, sondern auch die den tatsächlichen Verhältnissen angemessene und daher sachlich richtige ist.

III. Die besonderen eherechtlichen Verbrechen und Vergehen:

1. § 171. Hier kann „Ehe" usw. nicht im Sinne von „gültige Ehe" gebraucht sein; denn Abs. III spricht davon, daß eine von beiden Ehen für nichtig erklärt sei.

Durch diese Bemerkung werden alle wesentlichen Schwierigkeiten behoben, die der übliche Wortlaut sonst der Anwendung der herrschenden Meinung machen würde.

Es ist daher für diese strafrechtliche Beurteilung gleich, wenn die erste Ehe sich nachher gar nicht als eine (gültige) Ehe herausstellt; auch ist ohne Bedeutung, ob die zweite Ehe nun wirklich unanfechtbar gültig zustandegekommen ist, oder ob sie vernichtbar ist (wegen Gültigkeit der ersten Ehe oder aus einem anderen Grunde). Höchstens läge insofern für die herrschende Meinung eine Schwierigkeit vor, als sie ja im Wortgebrauche unter „nichtiger Ehe" auch die nichteingetragene form-nichtige „Ehe" versteht, und es, entgegen der im BGB. fast durchweg beachteten Übung hier unterlassen hat, diese Gebilde ausdrücklich auszunehmen. Doch darf man, wenn man nicht Splitter richten will, diese Schwierigkeit dadurch als behoben ansehen, daß das Gesetz hier nicht allgemein von nichtigen Ehen spricht, sondern nur von Ehen, die für nichtig erklärt sind. Es ist dann unschwer, diese „Erklärung" in dem gebräuchlichen, engeren Sinne zu fassen, in dem sie auch zweifelsohne gemeint ist. Diesen Standpunkt vertritt auch die herrschende Meinung, die infolge dieser Umgrenzung hier zu denselben Folgen wie unsere Ansicht führt, und daher anwendbar ist. Zu § 171. Frank 302/3, Olshausen, Anm. 3 a, Opperhoff Anm. 2, Liszt § 115, Erler Pos. 3; Binding L.B. I 225 will nur die materiell-nichtige Ehe hier gelten lassen. Für diese Ansicht gibt der Wortlaut des Gesetzes uns aber keinerlei Handhabe. Daher brauchen wir auch nicht die Ansicht d e r Schriftsteller zur Bekämpfung der herrschenden Meinung zu verwenden, die, wie Francke 420, behaupten, daß es auch genüge, wenn die erste Ehe wegen Formmangels nichtig und auch nicht eingetragen sei. — Allerdings führt diese Meinung die herrschende Lehre am folgerichtigsten durch und damit auch zum Widersinn. Denn, da diese „Ehe" in unserem Rechte weder äußerlich

noch inhaltlich anders behandelt wird, als die sog. „wilde Ehe", so könnte niemand, der ein Verhältnis gehabt hat, sich verheiraten, ohne sich der Doppelehe schuldig zu machen; er müßte dann durch Feststellungsklage und -urteil seine „Ehe" erst „für nichtig erklären lassen".

Leider haben diese Vertreter nicht bemerkt, daß nach dem Gesetz auch die zweite Ehe nichtig sein kann, und daß das Gesetz ebensowenig wie bei der ersten Ehe die form-nichtige, nicht eingetragene „Ehe" ausdrücklich und unmittelbar ausgenommen hat. Sonst müßten die Verfechter dieser Ansicht auch zu der Entscheidung kommen, daß ein Ehemann, der sich ein festes Verhältnis zulegt, ja, daß auch ein Mann (oder ein Mädchen), der (das) sich zu seinem bisherigen Verhältnis noch ein zweites anschafft, wegen Doppelheirat sich strafbar macht!

2. § 338. Diese Bestimmung steht mit § 171 in einem so engen inhaltlichen Zusammenhange, daß es unrecht wäre, sie nur für sich zu betrachten. Auf diese Weise könnte man allerdings, da gültige und nichtige Ehe, form-nichtige und materiell-nichtige Ehe den Worten nach nicht unterschieden sind, die herrschende Meinung bei Beachtung des Buchstabens zu den schönsten Unsinnigkeiten bringen.

Wir halten dies für zwecklos und unangemessen, da man § 338 ganz gut als einen Absatz des § 171 auffassen kann, der von ihm nur aus äußerlichen Gründen getrennt wurde.

Dann führt die herrschende Meinung zu denselben Ergebnissen, wie wir, und bietet zu weiteren Erörterungen keine Gelegenheit.

3. § 172. Seit Geltung des BGB. sind hier nur zwei Stellungen möglich: a) entweder: die angreifbaren Ehen sind Ehen; dann können sie auch durch strafbaren Ehebruch verletzt werden, solange sie bestehen. Dies folgt aus unserer Ansicht.

b) Nach herrschender Ansicht sind jene Ehen „nicht vorhanden", können also strafrechtlich wie zivilrechtlich nicht gebrochen werden. Das Ergebnis ist unbillig. § 1329 ist hier belanglos; denn § 172 setzt ja Scheidung voraus. Nach der Scheidung aber ist die nichtige Ehe aufgelöst und jeder kann bei jeder Gelegenheit geltend machen, daß die Ehe nie bestanden habe. Daher ist bei nichtiger Ehe der Ehebruch nach herrschender Meinung immer straflos. Eine Ausnahme, die aber mindestens ebenso unbillig ist, wie diese Regel, findet bei nachträglicher Heilung der Nichtigkeit statt. In diesem Falle gilt die Ehe von *Anfang an gültig* bestehend; die Bestrafung wegen Ehebruches hängt also davon ab, ob die Ehegatten noch eine gewisse Zeit zusammengelebt haben, ob der

bei Eheschließung willensunfähige Teil nachträglich die Eheschließung bestätigt — falls er also der Verletzte wäre, könnte er noch schnell durch Bestätigung die Ehe gültig machen und sich dadurch rächen, während der andere nach dem Ehebruch das größte Interesse hat, den anderen an der Bestätigung zu hindern oder die Nichtigkeitserklärung herbeizuführen — oder endlich ganz willkürlich, ob die nachträgliche Befreiung von dem Hindernis des § 1312 zufällig eintrifft. Diesen notwendigen Folgerungen kann man auch nicht dadurch entgehen, daß man wie Frank, — der sich, entgegen seinem früheren Standpunkte, zur Annahme der herrschenden Meinung des BGB. hat verleiten lassen —, sich einfach auf § 2 Str.G.B. beruft: Denn strafbar war der Ehebruch schon vor der Tat, und es ist eine völlige Verkennung der Lehre, der sich Frank sonst angeschlossen hat, wenn er meint, daß damals keine Ehe bestanden habe. Nach dieser Ansicht hat eben, wenn das bestimmte Ereignis eingetreten ist, die Ehe von Anfang an rechtlich bestanden.

Nach unserer Auffassung werden alle diese Schwierigkeiten vermieden; denn für uns ist die angreifbare Ehe (nicht nur, wie Frank an anderer Stelle annimmt, nur die formell gültige, sondern auch die form-nichtige eingetragene, denn sie steht, wie wir oben gezeigt haben, in jeder Hinsicht der materiell-nichtigen gleich) eine Ehe im Sinne des Str.G.B. Daher besteht auch, solange diese Ehe besteht, die Treupflicht und daher auch die Strafbarkeit des Verstoßes gegen diese Pflicht. Ob der Mangel der Ehe später geheilt wird, ist, wie für die tatsächliche Beurteilung der Handlung, so auch für ihre rechtliche Behandlung durchaus gleichgültig [82].

3. Konkurs und Anfechtung

I. Nach §§ 31 II, 32 II K.O. und § 3 Nr. 2 und 4 Anfechtungsgesetz sind eine Anzahl Verträge und unentgeltliche Verfügungen des Schuldners in- und außerhalb des Konkurses anfechtbar, wenn sie dem Gatten, Verschwägerten usw. gegenüber vorgenommen sind. Aus unserer Ansicht wäre hier zu folgern, daß im Sinne dieser Bestimmungen, wenn die anfechtbare Handlung in die Zeit des Bestehens der Ehe fällt, der Ehegatte oder die Verschwägerten auch bei vernichtbarer Ehe unter diese Bestimmungen fallen. Dies ist auch das einzig sachgemäße Ergebnis. Nach gegnerischer Ansicht müßten entweder alle die Handlungen unanfechtbar sein, da jene Personen — denn es hat ja nie eine Ehe be-

[82] Der § 180 des Vorentwurfs bietet in dieser Hinsicht die gleichen Angriffspunkte.

standen — weder Ehegatten noch Verschwägerte sind; dies Ergebnis würde dem Sinne des Gesetzes stracks zuwiderlaufen; oder es müßte — bei Anwendung des § 1329 BGB. — davon abhängen, ob im Augenblicke der Entscheidung die Ehe noch besteht, weil dann niemand die Nichtigkeit geltend machen kann. Diese Entscheidung hinge also vom Zufall ab. Aber es wäre auch kein sicheres Ergebnis zu erzielen, denn, sobald die Ehe aufgelöst ist, kann ja jeder feststellen, daß sie nie bestand, daß also jene Entscheidung falsch war usw.

II. § 45 K.O. Diese Bestimmung kommt hier deshalb nicht in Betracht, weil, wenn man die Ehe als „nicht bestehend" ansieht, die Ehefrau ein „Dritter" ist, der natürlich ebenfalls für die ihm eigentümlichen Sachen ein Aussonderungsrecht genießt. Es bliebe dann nur der Unterschied, daß sie nach unserer Ansicht beweisen muß, daß die Gegenstände nicht mit Mitteln des Gemeinschuldners erworben sind, während die gegnerische Ansicht schließen müßte, daß sie als „unbeteiligter Dritter" dieser Beschränkung nicht unterliegt.

III. § 183 K.O. Ehegatte ist nach unserer Ansicht auch der Gatte einer vernichtbaren Ehe. Gegenansicht entsprechend wie oben. Den benachteiligten Gläubigern wird es vermutlich gleich sein, ob die Ehe vernichtbar war oder nicht.

IV. Auch in den Bestimmungen der §§ 218 I, 219 II, 234 führt unsere Ansicht zu dem sachgemäßen Ergebnis.

4. Das Reichsgesetz über die Erwerbung und den Verlust der Reichs- und Staatsangehörigkeit vom 1. Juni 1870

A. Nach § 5 erwirbt durch die Verheiratung mit einem Deutschen die Ehefrau die Staatsangehörigkeit des Mannes.

Wie steht es mit der vernichtbaren Ehe, und welchen Einfluß hat möglicherweise deren Auflösung?

I. Hier die herrschende Meinung des BGB. mit § 1329 anzuwenden, wie es einige Schriftsteller versuchen (Endemann, II, 2 S. 168, 172/73, Enneccerus-Lehmann II 429, Sartorius im Verwalt.-Arch. VII 342 Anm. 63, Bornhak I 250/52, Grill (?) 27, Rauchalles 14, Sarwey I 160, auch Bazille-Köstlin, der aber die Putativehe (?) ausnimmt, sich also wohl tatsächlich schon unserem Standpunkte nähert), und zu erklären, daß die Ehefrau zwar die Staatsangehörigkeit erwirbt, daß aber mit der Nichtigkeitserklärung (für die sonstige Auflösung gilt das Entsprechende) erklärt werde, daß die Staatsangehörigkeit nie bestanden habe, verbietet sich von selbst, wenn man sich die Folgen vergegenwärtigt (s. o.).

Es bleiben also nur die Möglichkeiten:

a) Jede nichtige Ehe ist keine Ehe, also ist keine Staatsangehörigkeit erworben.

b) Die „nichtige Ehe" genannte vernichtbare Ehe ist eine Ehe, ihr Abschluß eine „Verheiratung" im Sinne des Staatsangehörigkeitsgesetzes.

Dieser unserer Ansicht sind die meisten staatsrechtlichen Schriftsteller — soweit sie nicht (wie Schulze I 350, auch Laband D. 48) eine Äußerung vermeiden — Kahn Anm. 3 zu § 5 S. 43, Meyer-Anschütz § 76, Rönne-Zorn I § 48 Anm. 4, Seydel in Anm. 1876 S. 138, Arndt in Birkmeyer 814 und Pr. Kom. Anm. 1 zu Art. 3 S. 69, Zorn im Wörterbuch des Verwaltungsrechts Art. Reichs- und Staatsangehörigkeit und Zorn R. 115.

II. Welchen Einfluß hat die Nichtigkeitserklärung oder sonstige Auflösung der Ehe auf die Staatsangehörigkeit?

Nach unserer Ansicht (s. o.) können die von der angreifbaren Ehe erzeugten Rechtszustände nach der Auflösung der Ehe keine Wirkungen mehr erzeugen. Auf unser Gebiet übertragen heißt dies, daß mit der Auflösung der Ehe die Staatsangehörigkeit erlischt.

Dies ist auch die allgemeine Ansicht (s. o. die Zitate), wenn auch allerdings immer nur die Nichtigkeitserklärung, nicht aber die sonstige Auflösung der Ehe erwähnt wird.

Entsprechendes gilt für die Erstreckung der Verleihung und der Entlassung auf die Ehefrau. §§ 11, 19.

B. § 3. Sind die Kinder aus vernichtbaren Ehen (im Falle der Gutgläubigkeit der Eltern) „ehelich" im Sinne des Staatsangehörigkeitsgesetzes? Nach folgerichtig durchgeführter herrschender Meinung und in engster Anlehnung an den (doch so unzuverlässigen) Sprachgebrauch des BGB., in diesem Falle des § 1699, wäre so zu entscheiden: Die Kinder sind, da keine Ehe bestand, unehelich: mit Rücksicht auf den guten Glauben eines ihrer Erzeuger hat das Gesetz aber eine Ausnahme gemacht und läßt sie „als ehelich gelten", womit ja ausgedrückt ist, daß sie tatsächlich unehelich sind.

Wenn die Vertreter dieser Ansicht dennoch diesen Kindern die Staatsangehörigkeit des Vaters verleihen, so übertragen sie damit eine zivilrechtliche Fiktion in ein öffentlich-rechtliches Gesetz, für das sie eigentlich kaum berechnet war, und für das sie jedenfalls keine unbedingte Gültigkeit beanspruchen kann; denn diese anderen Reichsgesetze haben ihre eigene Persönlichkeit und können, zumal sie gewöhnlich älter als das

BGB. sind, nicht einfach zu seiner Gefolgschaft, zu „Nebengesetzen" herabgedrückt werden, worauf schon Mendelssohn-Bartholdy mit Recht aufmerksam gemacht hat. — Bornhak I 240 verneint Übertragbarkeit und hat von seinem Standpunkte aus, und dieser Begründung gegenüber, auch Recht. Der Angriff von Sartorius (Verw.-Arch. VII 334) gegen ihn kann seine Behauptung nicht entkräften, die Übertragbarkeit dieser Fiktion des BGB. ist deshalb zu verneinen, weil sie das Gesetz an einer anderen Stelle sicher ausgeschlossen hat: bei den Kindern, denen das Gesetz „die rechtliche Stellung ehelicher" gibt (§§ 1719, 1736, 1757 BGB.) kann schon deshalb keine Übertragung dieser Bestimmung auf das Staatsangehörigkeitsgesetz stattfinden, weil dieses selbst einen dieser Fälle (§§ 1719, 1736 BGB.) in § 4 — in zustimmendem Sinne — geregelt hat und damit den Fall des § 1757 BGB. ausschließt. Übrigens erklärt § 3 II dies noch besonders, was, wie Cahn mit Recht bemerkt, de lege ferenda überflüssig ist. Wodurch unterscheiden sich aber die Ausdrücke „gelten als ehelich" und „erhalten die rechtliche Stellung ehelicher Kinder"? — Meines Erachtens durch nichts, als die Art ihrer Fassung. Der erste Ausdruck sagt inhaltlich das gleiche wie der zweite; denn die Rechtsordnung kann nicht die Tatsachen ändern, sondern nur dem einen Tatbestande die rechtliche Stellung des anderen zuweisen. Dies drückt der erste Satz in Fiktionsform aus, während der zweite offen sagt, welche Bedeutung er selbst hat. Aus dieser Erwägung heraus muß man also folgerichtig nach herrschender Meinung durch den § 4 Staatsangehörigkeitsgesetz den Fall des § 1699 ebenso wie § 1757 ausgeschlossen sein lassen. Gestützt wird diese Ansicht noch dadurch, daß z. B. das bayerische Heimatgesetz es in § 1 für nötig hält, ausdrücklich die Kinder aus nichtigen Ehen den ehelichen Kindern gleichzustellen. Wir brauchen jenes Ergebnis, zu dem die herrschende Lehre folgerichtig kommen muß, dessen Gegenteil sie aber einmütig vertreten (— ohne Begründung — Bazille-Köstlin 196—198, Rauchalles 9, Grill 22/23, Winter 17, Knüppel 24/25, Hoppe 10, de Boor 42, Staudinger-Engelmann II 1017, Endemann II II 629, Laband R. I 165 und D. 48 (?), Sartorius im Verw.-Arch. VII 334, Sarwey I 159, Seydel Anm. S. 137 N. 1) nicht anzunehmen, da die Grundlagen, von denen jene Lehre ausgeht, nicht unsere sind. Für uns ist auch die angreifbare Ehe eine Ehe, die in ihr erzeugten und geborenen Kinder also nach den allgemeinen Regeln ehelich, und erhalten die Staatsangehörigkeit des Vaters. § 1699 hat für uns nur die Bedeutung, daß er erklärt, daß in diesem Falle die erworbenen rechtlichen Eigenschaften auch n a c h Auflösung der nichtigen Ehe fortdauern.

II. Hauptteil

Wann hat eine Ehe aufgehört, Ehe zu sein?

Vorbemerkung

Wir wollen uns hier nicht beschäftigen mit der unstreitigen Auflösung der Ehe durch Tod, Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung und Scheidung, sowie, wenn man die vernichtbare Ehe mit uns als Ehe ansieht, der Nichtigkeitserklärung, sondern nur mit dem Streit um die Wirkung der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft.

Die Frage ist: Besteht die Ehe noch, wenn ein rechtskräftiges Urteil auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erkannt hat?

Die Frage ist nicht von so weittragender tatsächlicher Bedeutung wie die vorangehende. Man kann, auch wenn man der Ansicht ist, daß die Ehe in diesem Falle nicht aufgelöst sei, doch im allgemeinen zu den gleichen Ergebnissen kommen, wie die Anhänger der entgegengesetzten Ansicht. Der Kampf um diese Frage war nur deshalb so hitzig, weil man auf beiden Seiten glaubte, daß die Entscheidung in *diesem* Punkte notwendig auch die in dem Punkte nach sich ziehe, um den sich in Wirklichkeit der Streit hauptsächlich drehte: Treten mit Rechtskraft des Urteils nur die ausdrücklich als Folgen der Scheidung bezeichneten Wirkungen ein, oder auch einige von denen, die mittelbar infolge der Scheidung eintreten, und wenn dies der Fall, welche von diesen, oder gar alle? — Alles dies natürlich mit Ausnahme der Wirkungen, die das Gesetz ausdrücklich ausgeschlossen hat.

1. Die streitenden Meinungen

Die Ansichten sind sehr geteilt; man kann im wesentlichen folgende Gruppen unterscheiden:

I. Die Ehe ist aufgelöst:

a) „Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft gemäß §§ 1575, 1586 hat die vollkommene Auflösung der Ehe, somit den Eintritt sämtlicher,

mit der Scheidung verbundenen Wirkungen zur Folge. Die Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft beseitigt alle mit der Aufhebung verbundenen Wirkungen und schafft eine neue Ehe zwischen dem früheren Ehegatten." Behr 53/54 K.L.Meyer 51/52, Sohm K.d.G. 70/71.

b) „Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft bewirkt die Auflösung der Ehe; die Ehe ist auch dem Bande nach fast völlig geschieden. Nicht das Band der Ehe besteht weiter, sondern nur ein Band. Das eine rein negative Restband hindert die Eingehung einer neuen Ehe, gibt und verlangt die Möglichkeit, die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der „Ehe", d. h. des Restbandes, geltend zu machen, und liefert die Grundlage für die erleichterte Wiedervereinigung der Gatten durch den Naturalvertrag der Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft." Seckel 352, zustimmend Planck Bemerkung N. III a zu § 1586, Örtmann 358, Patek 9, Opet N. I. Wieruszowsky II 172 Anm. 12, Binding Lb. I 220.

II. Die Ehe ist nicht aufgelöst:

a) Daher „können auch unter den in § 1586 erwähnten Wirkungen die vom Gesetz ausdrücklich an die Auflösung der Ehe geknüpften Wirkungen nicht verstanden werden". Staudinger-Engelmann 720, A. Engelmann 661, Erler 25 N. VI. 81 ff., 83, 95, 163, Fränkel 101, Jakobi 104, Friedberg 476 ff., Hamm 582, Isensee 364, Kuhlenbeck P. II 52, Leske II 821, Olshausen Str.G.B. N. II zu § 172, Sartorius, Personenstandsgesetz 240, 260, 450, Sauer 568, Scherer Nr. 495, Walter 84, „der Standesbeamte" 1899, 216 R.G. 48 148, Hollweck 241—245, allerdings ganz einseitig, „im Lichte des kanonischen Eherechts", dargestellt.

b) „Warum unter den „mit der Scheidung verbundenen Wirkungen" nicht die Wirkungen der Auflösung verstanden werden können, ist gar nicht einzusehen." Rauch 41, und „die Abweichungen der Aufhebung von der Scheidung sind daher nicht sehr bedeutend. Die Aufhebung entkleidet die Ehe in den meisten Richtungen ihrer rechtlichen Bedeutsamkeit, und die von ihr nicht berührten Rechtsfolgen der Ehe sind wesentlich negativer Art". Rauch 55, oder kürzer: „die Aufhebung ist zwar nicht Auflösung der Ehe, wirkt aber wie dieselbe." Neumann Hg. § 1586 N. II, ähnlich Töpffer 28/29, zustimmend Achilles Vorbem. 2 zu § 1564, Cosack II § 290 I 2c., Crome § 558, Davidsohn 175 und Z 26 80. Lehmann § 192 Ziff. 2, Mayer-Reiß 55 Anm. 1, Meisner zu § 1586/87, Hölder-Schmidt Note II c. zu 1586, Eck-Leonhard, Fischer-Henle, Nöthling und viele andere.

2. Die Beweise

Ist die Ehe aufgelöst?

Wer die Frage mit „ja" beantwortet, argumentiert folgendermaßen: (Seckel 356) § 1586: „Wird . . die eheliche Gemeinschaft aufgehoben, so treten die mit der Scheidung verbundenen Wirkungen ein."

Die Auflösung der Ehe ist eine mit der Scheidung verbundene Wirkung.

Also: wird die eheliche Gemeinschaft aufgehoben, so ist die Ehe aufgelöst.

Der Untersatz wird zu beweisen versucht aus § 1564: die „Auflösung der Ehe tritt mit der Rechtskraft des Urteils ein".

Was Staudinger-Engelmann und seine Anhänger dagegen erwidern, ist belanglos [83]; sie erkennen die Beweisführung an (Töpffer 24), suchen aber aus den verschiedensten Gründen nachzuweisen, daß der „Gesetzgeber" nur vergessen habe, diese, auch von ihnen als Hauptwirkung der Scheidung anerkannte Folge auszunehmen. Ihre Gegner haben nicht Unrecht, wenn sie diese, auch sonst nicht immer ganz einwandfreien Ausführungen gegenüber dem, das Gegenteil klar bezeugenden (wie auch Engelmann zugibt) Wortlaut nicht durchgreifen lassen. (Behr 13, 18, Seckel 161).

Ist also die Ehe aufgelöst?

Die Folgen wären freilich sonderbar: die Eingehung einer neuen Ehe ist verboten — § 1586. Gelingt es einem der ehemaligen Ehegatten dennoch — vielleicht infolge seiner Freundschaft mit dem Standesbeamten — eine neue Ehe zu schließen, so muß diese gültig sein, da nirgends im Gesetz Nichtigkeit aus diesem Grunde verordnet wird, vielmehr die Voraussetzung der Nichtigkeit einer Ehe ausschließlich (§ 1323: „ . . . nur in den Fällen") in den §§ 1324—1328 geregelt ist, diese aber den Fall nicht erwähnen.

§ 1326 kann nicht in Betracht kommen, da ja die alte Ehe aufgelöst ist. Da außerdem weder die neuen Ehegatten (denn § 171 Str.G.B. verlangt: „bevor seine Ehe aufgelöst ist), noch der Standesbeamte (nach § 338 muß „die Person verheiratet sein") sich strafbar machen, wäre das Verbot des § 1586 (das schon deshalb auf recht schwachen Füßen steht,

[83] Töpffers arg. per analogiam 24/25 ist bei dem Wortlaute des Gesetzes unmöglich gegen Seckels Beweisführung vorzubringen (übrigens ist Töpffer nur insofern als Anhänger Engelmanns zu rechnen, als er Nichtauflösung annimmt, obwohl er Seckels Beweisführung anerkennt; seinen Folgerungen nach fällt er unter Gruppe 2 b).

weil es im unbedingten Belieben eines der Beteiligten liegt, es durch die Umwandlungsklage zu beseitigen) völlig wirkungslos. Natürlich wird diese Folgerung von niemand gezogen. Vielmehr versuchen die Anhänger der Lehre von der Auflösung zwei Wege, um diesem Ergebnis zu entrinnen.

1. Seckel 375 (und ähnlich die meisten seiner Anhänger) sagt, „in Hinsicht auf die Eingehung einer neuen Ehe besteht die Ehe nach der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft unaufgelöst fort. In gedachter Hinsicht gelten [84] die Ehegatten als verheiratet."

Dieser Ausspruch ist unmöglich: eine Ehe kann nur bestehen oder nicht bestehen; ein Bestehen „in dieser Hinsicht" ist mit dem Wesen der Ehe nicht vereinbar, undenkbar (vergl. die treffende Widerlegung Sekkels durch Behr 30/31).

Noch sonderbarer aber ist der Weg, den Behr einschlägt (30—33): er beweist — von seinem Standpunkte aus folgerichtig und klar — die Nichtanwendbarkeit von § 1326 BGB. und §§ 171, 338 Str.B.G., und kommt zum Ergebnis: „§ 1586 ist daher in dieser Richtung lex imperfecta, d. h. ein Verbotsgesetz, welches weder Nichtigkeit, noch auch eine Strafe androht oder durch ein entsprechendes Strafgesetz perfekt würde. Trotz des Verbotes in § 1586 bleibt sonach die neue Ehe gültig und wirksam, eine Doppelehe besteht nicht und ist daher auch keine Bestrafung möglich." Höchst sonderbarerweise schließt er nach einem derartigen Ergebnis seiner Grundanschauung: „das Eheverbot des § 1586 vermag also nach den obigen Ausführungen meines Erachtens die Anschauung, daß durch Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft die Ehe aufgelöst wird, nicht zu erschüttern!" — Einzigartig sind aber seine weiteren Ausführungen (47): im Gegensatz zu seinen Ausführungen S. 32/33 erklärt er plötzlich, diese neue Ehe sei „keine gültige im Sinne des Gesetzes". Zwar könne „ihre Ungültigkeit nicht geltend gemacht werden; trotzdem kann sie, eben weil sie gegen das gesetzliche Verbot des § 1586 verstößt, nicht als gültige Ehe angesprochen werden". Ganz abgesehen davon, daß unser Gesetz weder im allgemeinen Teil noch im Familienrecht eine dieser „Nichtgültigkeit" entsprechende Kategorie kennt (ein Bedürfnis zu noch weiterer Verwirrung der Begriffe kann wirklich

[84] Seckel sagt: „besteht" und nicht „sie gilt als bestehend", was ja eine ganz unbegründete und unzulässige Fiktion wäre; wenn aber die Ehe „in dieser Hinsicht" besteht, so können die Ehegatten nicht als verheiratet gelten, sondern sie sind — natürlich nur „in dieser Hinsicht" — verheiratet.

nicht anerkannt werden), ist diese Beweisführung schon deshalb unhaltbar, weil sonst alle entgegen einem aufschiebenden Ehehindernis geschlossenen Ehen „nicht gültig" wären, denn auch sie sind gegen ein gesetzliches Verbot geschlossen (ja, bei ihnen würde es sogar noch eher einen Sinn haben, da das Gesetz bei einem Verstoß gegen diese Verbote wenigstens Ehegatten und Standesbeamten bestraft, was — nach Behrs Ansicht — bei jenem Verbote auch noch wegfällt). —

Und zu welchem Zwecke bringt Behr diese unmögliche Konstruktion mit eigens dazu erfundenen neuen Begriffen? Um ein — ganz unerträgliches Ergebnis seiner eigenen Grundanschauung zu erzielen (Das Ergebnis S. 30—33 genügte ihm ja noch nicht): da diese neue Ehe, obwohl weder aus der Welt zu schaffen, noch strafbar, aber doch nicht gültig ist, bildet sie kein Hindernis für die Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft unter den alten Ehegatten. Man darf darnach unbestraft in zwei Ehen leben, deren eine gültig, deren andere 1. „gültig und wirksam" (S. 32—33), 2. „keine gültige im Sinne des Gesetzes" (S. 47) ist, deren Ungültigkeit aber niemals und auf keine Weise geltend gemacht werden kann. Wir hätten demnach hier wieder einmal einen — sicher eigenartigen — Versuch, eine nach BGB. erlaubte Doppelehe zu konstruieren. Natürlich müssen alle derartigen Versuche schon deshalb scheitern, weil sie schlechthin mit den allgemein anerkannten Grundlagen unseres Eherechts nicht zu vereinbaren sind. Dieser Versuch zeichnete sich aber vor seinen mißglückten Vorgängern nicht nur durch seine Beweisführung, sondern auch dadurch aus, daß nach ihm nicht nur Doppelehe, sondern auch jede Vielehe gerechtfertigt ist — eine Schlußfolgerung, die leider Behr zu ziehen unterlassen hat, gegen die sich aber von seinem Standpunkte aus schlechthin nichts wird einwenden lassen. Da die neue Ehe nicht gültig ist, kann sie ebensowenig ein trennendes Ehehindernis für eine dritte Ehe sein, wie sie es für die Wiederherstellung der ersten ist; allerdings verstößt die dritte Ehe gegen § 1586 [85], und ist daher wie die zweite „nicht gültig", ohne jedoch die Beteiligten strafbar oder die Ehe nichtig zu machen; da sie aber nicht gültig ist, kann sie auch kein Hindernis für eine vierte Ehe sein, welche ebenfalls nur wegen § 1586 „nicht gültig" wäre. u. s. f. nach Belieben. Man kann also in beliebig viel Ehen gleichzeitig leben, die „gültig und wirksam" und doch gleichzeitig „nicht gültig" sind, ohne daß es aber möglich ist, diese

[85] Vorausgesetzt ist in diesem Falle, daß die erste Ehe vor Schließung der anderen Ehen noch nicht wiederhergestellt ist!

„Nichtgültigkeit" geltend zu machen; hat man genügend viele von diesen Ehen, so kann man auch noch durch Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft seine erste Ehe aufleben lassen, die dann ohne jede Einschränkung gültig ist.

3. Entscheidung

Nachdem wir gesehen haben, daß die Ansicht, die Ehe werde durch Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft aufgelöst, zu unhaltbaren Ergebnissen führt, denen Seckel und seine Anhänger vergebens zu entgehen suchen, die Behr unnötigerweise noch schlimmer macht, ist wohl eine Untersuchung angebracht, ob denn die scheinbar so klare (auch von den Gegnern erkannte) Beweisführung, daß die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft die Auflösung zur Folge habe, nicht ihre Lücke hat. Es kam darauf an: ist die Auflösung eine Folge der Scheidung? — Dies sollte mit dem Satze bewiesen werden (§ 1564 Satz 3), „die Auflösung der Ehe tritt mit der Rechtskraft des Urteils ein". — Hier steckt der Fehler in der Beweisführung, den allerdings auch der ungenaue Sprachgebrauch des BGB. mitverursacht hat.

Scheidung kann nicht Auflösung zur Folge haben, denn sie i st eine Auflösung [86], und zwar die Auflösung durch Urteil (im Gegensatz zu der durch Tod oder durch Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung, — nicht aber wird die Ehe aufgelöst durch Ausschlußurteil nach § 18 II, wie Behr 34 sonderbarerweise annimmt; wie könnte sie sonst noch einmal durch Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung aufgelöst werden?).

Nichts aber kann Wirkung seiner selbst sein. Wie in § 1564 Satz I und II „aufgelöst" und „Auflösung" stehen könnte, so könnte auch in Satz III statt „Auflösung" „Scheidung" stehen. Satz II und III haben demnach den Inhalt: „Die, Scheidung genannte, Auflösung der Ehe erfolgt durch Urteil. Die Rechtswirkungen dieser Auflösung durch Urteil (= Scheidung), und daher tatsächlich diese selbst beginnen mit der Rechtskraft des Urteils." § 1586 sagt demnach „. . . . treten die mit der (Auflösung durch Urteil oder kürzer:) Scheidung verbundenen Wirkungen ein."

Der Hauptbeweis für die Auflösung ist nicht haltbar. Wie steht es mit den anderen Gründen für und gegen? Den größten Teil dieser Gründe können wir hier unbeachtet lassen, nämlich die, welche an prak-

---

[86] Vergl. die klare Beweisführung bei Rauch 34—36.

tischen Ergebnissen beweisen wollen, daß die eine oder andere Ansicht zu unmöglichen Ergebnissen führe, die aber günstigenfalls nur beweisen können, daß diese Ergebnisse unvermeidlich sind, wenn man unter „Wirkungen" nur die unmittelbaren besonderen oder, wenn man darunter auch die mittelbarsten Scheidungswirkungen versteht. Denn es ist durchaus nicht nötig — wie auf beiden Seiten die meisten annehmen, daß, wer Auflösung annimmt, alle, auch die mittelbarsten Folgen mitnehmen, der Gegner aber sich auf die unmittelbaren Folgen beschränken muß; denn man kann die Annahme der Auflösung verwerfen und doch, da eben Scheidung gleich Auflösung ist, alle Wirkungen der Auflösung auch die entferntesten (nur natürlich nicht sie selbst;) annehmen (so Rauch 41/42).

Alle diese Gründe, die auf beiden Seiten den wesentlichsten Teil des Streites ausmachen und die auch sein innerer Grund waren, können wir also übergehen. Was noch übrig bleibt, ist nicht viel.

Diese Gründe lassen sich in zwei Gruppen teilen.

I. Einerseits hat das Gesetz in den §§ 1575, 1576, 1586, 1587 verschiedene Ausnahmen von den Scheidungswirkungen geschaffen, durch die sich ja erst die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft von der Scheidung überhaupt unterscheidet. Hier erhebt sich nun das sattsam bekannte Spiel vom arg. e contrario und arg. per analogiam, das, wie der geheimnisvoll-überweltliche Wille des Gesetzgebers, immer dann auftritt, wenn das Gesetz uns einmal keine Antwort gibt und doch durchaus eine geben soll [87].

Die einen sagen: „Der Sinn dieser Ausnahmen ist der, daß eben die Ehe besteht" (oder: „aber aus dem Bestehen der Ehe ergeben sich nicht nur diese hauptsächlichsten, sondern noch eine Anzahl weiterer Ausnahmen, an die der „Gesetzgeber" nicht dachte, und die wir in seinem Sinne analog einführen müssen.")

Die anderen: „bestände diese Ehe, so wären die Ausnahmen nicht nötig; daß sie besonders erwähnt sind, beweist, daß es nötig war, weil die Ehe aufgelöst ist. (Daraus ergibt sich ferner, daß keine weiteren Ausnahmen gemacht werden dürfen, denn der „Gesetzgeber" hat sie durch Nichterwähnung abgelehnt)."

---

[87] Übrigens wird, wenns paßt, auch gern einmal die Rolle gewechselt: so geht Behr, der bis dahin durchweg e contrario argumentiert hatte, plötzlich S. 39/40 zur Analogie über.

Meines Erachtens ergibt dieses „Beweisen" in den seltensten Fällen verwertbare Ergebnisse, gewöhnlich artet es in leere Dialektik aus. So bei uns: für das arg. e contrario spricht die formale Fassung der Bestimmung, für das arg. per analogiam einerseits die unübersehbare Fülle der mittelbaren und mittelbarsten Wirkungen der Eheauflösungen, andererseits die Entstehung dieser Bestimmung, die nicht, wie die meisten Teile des Gesetzes, in jahrelanger sorgfältiger Arbeit von Fachleuten zustande gekommen ist, sondern in ziemlich kurzer Zeit im Reichstage als ein parteipolitisches Kompromiß angenommen wurde, das sicher nicht in allen denkbaren Folgen und in seiner Stellung im BGB. und sonstigem Rechte durchgedacht war.

II. Aber auch der „Wille des Gesetzgebers" darf nicht fehlen. Auf ihn beruft sich eine zweite Gruppe von Gründen — aber natürlich nehmen ihn beide Parteien für sich in Anspruch, und suchen dies aus Vorgeschichte und Entstehungsgeschichte der einschlägigen Bestimmungen zu beweisen. Auch auf diese Gründe näher einzugehen, lohnt sich nicht. Für unsere Auffassung einer Gesetzesstelle ist unerheblich, mit welchen Worten der Antragsteller diesen oder einen — vielleicht — ähnlichen Paragraphen befürwortete, welche Gründe dieser oder jener Abgeordnete dafür oder dagegen anbrachte und wie sich die Sachlage für den Verfasser des Kommissionsberichts darstellte.

Solche einzelnen subjektiven Ansichten können uns nicht fördern, denn uns ist nicht bekannt, welchen Willen, welche Absichten und Ansichten die Mehrheit des Reichstages hatte, die gegen den Antrag Dr. Vielhaben auf Streichung dieser Paragraphen stimmte (Sitzung v. 1. Juli 1896); — vom Bundesrat kennen wir nur die Gründe, die nach Angabe des Staatssekretärs in der Kommission (Kommissionsbericht 86) die Mehrheit zur Ablehnung eines ähnlichen bayerischen Antrages bewogen, sowie die spätere Äußerung des Staatssekretärs, daß bei den Beschlüssen der Reichstagskommission die „Form mit Rücksicht auf die anderen Konfessionen maßvoll gewählt sei (87)."

Was wir sicher kennen, sind nicht die subjektiven Gründe einzelner Mitglieder unserer gesetzgebenden Körperschaften bei der Regelung dieses Instituts im einzelnen; wohl aber kennen wir den objektiven Grundgedanken, der unbestritten der Einführung dieses Instituts zugrunde lag. Die Vorteile einer Scheidung sollten, soweit möglich, den Katholiken geboten werden ohne die Notwendigkeit, den von der Kirche verbotenen Antrag auf Auflösung der Ehe zu stellen.

Unser Ergebnis ist also: Nach Ausscheidung aller von beiden Seiten vorgebrachten Gründe, die entweder die Sache selbst gar nicht treffen, oder im günstigsten Falle nur eine anderweitig gewonnene Erkenntnis stützen können, bleiben uns nur zwei Gründe: die unannehmbaren, aber unvermeidlichen Folgen, die die Auffassung, die Ehe sei aufgelöst, nach sich zieht (s. o.) und der Gedanke, der diesen Bestimmungen zugrunde lag, und der ebenfalls gegen die Annahme einer Auflösung der Ehe spricht.

Also entscheiden wir uns dafür, daß auch nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft noch eine Ehe besteht.

4. Folgen

Wie wir schon gesehen haben, sind die Ergebnisse dieser Erkenntnis gering. Sie hängen vielmehr von der Entscheidung der Streitfrage ab, ob jene „Wirkungen der Scheidung" nur die als solche bezeichneten, oder alle die Folgen sind, die sich aus der Scheidung als einer Auflösung der Ehe ergeben.

Wir können diese Frage hier nicht bis in alle Einzelheiten verfolgen, da sie mit dem von uns behandelten Gegenstande nicht mehr unmittelbar zusammenhängt.

Ohne unbrauchbare Ergebnisse läßt sich eine einseitige Stellungnahme in dieser Frage nicht durchführen. Sicher hatte man bei Abfassung des Satzes „die mit der Scheidung verbundenen Wirkungen" weder die Absicht, auch die mittelbarsten Folgen mit in Kauf zu nehmen, noch wollte man etwa die Grenze für die hier gemeinten Scheidungswirkungen rein äußerlich so ziehen, daß es auf die ausdrückliche Erklärung des Gesetzes, dies sei eine Wirkung der Scheidung, oder daß es darauf ankäme, ob diese Folge in dem Titel IV angeführt ist. — Aber — das Gesetz hat uns nun einmal bei dieser zu allgemeinen Regel keine andere Grenze gegeben, und so regelt jeder Schriftsteller die Folgen anders, so daß es erscheint, daß Planck nicht ganz unrecht habe (Anm. 2 zu § 1586), wenn er sagt, diese Frage sei ohne (relativ) willkürliche Unterscheidung nicht zu lösen. Um dieser Willkür nach Möglichkeit zu entgehen, wird es meines Erachtens nötig sein, von dem Wortlaute des Gesetzes auszugehen, und alle Folgen der Scheidung, auch die entferntesten anzunehmen, auch wenn das Ergebnis unbefriedigend wird und sicher nicht vorgesehen war [88].

[88] Wenn man es nicht wie Hedemann (739) vorzieht, „den großen Streit" dadurch zu beendigen, daß man sich entschließt „alles Konstruieren, Analogisieren, Sezieren fallen zu lassen, und die Entscheidung nach den praktischen Ergebnissen einzurichten".

Ausnehmen darf man meines Erachtens nur die Folgen, die 1. das Gesetz selbst ausgenommen hat, 2. mit dem formalen Wesen der Ehe logisch unvereinbar sind (es sind diese allerdings im allgemeinen schon unter 1. zu finden)[89].

Auch die gegnerische Lehre hat die Ausnahmen, für die sie eintrat, damit begründet, daß eine Ehe vorhanden sei, und daß ihr Wesen diese Ausnahmen erfordere. Aber man hat auch, wie gesagt, das Gegenteil damit beweisen wollen, daß man sagte: Dem Wesen der Ehe würden diese Folgen entsprechen, da diese aber ausgeschlossen sind, so liegt keine Ehe vor.

Auf beiden Seiten beging man den Fehler, den Kern des materiellen Inhalts, des Zweckes der Ehe mit den Erfordernissen ihres formalen Wesens zu verwechseln. Der Sprachgebrauch, das, was man für materiell wichtig hält, als „wesentlich" zu bezeichnen, ist zwar sehr üblich, bleibt aber doch ein Mißbrauch; die Unterschiede dieser beiden Begriffe sind sehr erheblich, schon deshalb, weil sich das Formal-wesentliche einer Sache, d. h. die Umstände, deren Vorhandensein oder Fehlen das Wesen der Sache berühren, nach objektiven Merkmalen (wenn auch nicht absolut) feststellen läßt, während die Frage nach der mehr oder minder großen materiellen Wichtigkeit eines Umstandes im allgemeinen mehr Sache der subjektiven Ansicht und daher auch stets dem lebhaftesten Streite ausgesetzt sein wird. Ein Beispiel: Crome (H.St. III 592) erklärt „daß der" — vom Gesetz zugelassene, ja sogar verschiedentlich angeordnete — „vollkommene Ausschluß aller ehemännlichen Rechte am Vermögen der Frau dem Wesen der Ehe nicht entspräche"; S. 594 wehrt er sich dagegen, daß die vollkommen durchgeführte allgemeine Gütergemeinschaft dem Wesen der Ehe gemäß sei und billigt es, daß „das ältere deutsche Recht den Satz nicht soweit ausgedehnt und damit eine gewisse verständige Nüchternheit gewahrt" habe. —

Das Wesen der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft ist ja aber gerade, daß der materiell-wichtige Gehalt der Ehe beseitigt wird und

---

Allerdings scheint mir dieser Standpunkt eine bedeutend freiere Stellung des Richters gegenüber dem Gesetz vorauszusetzen, als man meines Erachtens ihm heute im allgemeinen zuzubilligen pflegt — ohne daß ich dabei über diesen Zustand selbst ein Werturteil abgeben möchte.

[89] A. A. Dernburg F.R. § 31 Anm. 8, der Ausnahmen überall da eintreten lassen will, wo sich aus der Prüfung einer Einzelvorschrift ergibt, daß sie auf den Fall der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nicht passe. Dernburg und Hedemann werden kaum dem von Planck befürchteten Fehler willkürlicher Unterscheidungen entgehen können.

nur ihre Form erhalten bleibt. Daher kann, nur aus dem Grunde, daß eine Ehe besteht, keine Ausnahme für eine Folge verlangt werden, deren Fehlen auch sonst bei einer Ehe denkbar ist, und deren Fehlen man sich auch als in bestimmten Fällen gesetzlich bestimmt vorstellen könnte. Die Folgerungen, die sich aus dem lediglich formalen Vorhandensein einer monogamischen Ehe ergeben, sind daher nur gering, sicher ist nur, daß anderweitige Heirat unmöglich ist, und daß ein familienrechtliches Verhältnis zwischen dem Ehegatten nicht begründet werden kann, das sich nicht mit ihrer Eigenschaft als Ehegatten verträgt, also, daß nicht der eine Gatte den anderen an Kindesstatt annehmen kann. Zustimmend Rauch 47 und Süßheim (Gruchot 43 S. 589), daß „es ein Unding wäre, gleichzeitig ein Kindes- und Ehegattenverhältnis zwischen denselben Personen bestehen zu lassen".

Streitig wären meines Erachtens dann nur noch zwei Punkte:

1. Ist die Verpflichtung zur ehelichen Treue vorhanden und ist demnach ein Ehebruch strafbar (daß dies auch praktisch eintreten könnte, beweist Rauch 63/64 gegen Seckel S. 363 Anm. 45a und S. 373) und

2. Sind die Kinder der Ehegatten aus der Aufhebungszeit ehelich?

Man muß bei der Behandlung dieser Fragen immer im Auge behalten, daß es sich hier nicht darum handelt, möglichst angemessene Ergebnisse zu erzielen, sondern daß das Gesetz sagt: „alle Wirkungen der Scheidung treten ein".

Daher müssen — an sich — auch die Wirkungen der Scheidung eintreten, daß keine Verpflichtung zur ehelichen Treue besteht, und daß die von den Ehegatten nach Aufhebung d. e. G., ebenso wie die nach der Scheidung erzeugten Kinder unehelich sind. Ändern ließe sich dieses Ergebnis nur durch den Nachweis, daß es undenkbar sei, derartige Folgen mit dem formalen Bestehen einer Ehe zu vereinen.

I. Für das Erfordernis der ehelichen Treue spricht einerseits, daß unser Recht doch sicher den ehelichen (legitimen) Geschlechtsverkehr höher bewertet als den außerehelichen, und daß, wenn jener nicht erlaubt ist, auch dieser nicht zulässig sein dürfte (so Rauch 45—47). Andererseits hat das Gesetz noch anerkannt, daß der Ehebruch auch das formale Bestehen der Ehe gefährde, indem es ihn zum Scheidungsgrund macht und bestraft.

a) Zum ersten Grunde ist zu sagen, daß er in dieser Erörterung nicht durchgreifen kann, da er sich auf das Gebiet der Wertung begibt, anstatt die formallogische Notwendigkeit dieses Erfordernisses zu

begründen. Auch erkennt man bei richtiger Betrachtung, daß bei bestehender Ehe außerehelicher Geschlechtsverkehr logisch immer möglich, ein ehelicher Verkehr mit anderen Personen als dem Ehegatten aber weder möglich noch denkbar ist.

b) Ähnliche Erwägungen sprechen auch gegen den zweiten Grund; zwar gefährdet der Ehebruch das Bestehen der Ehe und kann den (materiellen!) Grund zu ihrer Auflösung geben, aber gerade damit ist ja anerkannt, daß sein Vorhandensein allein durchaus mit dem Bestehen der Ehe logisch vereinbar ist. Das wird vom Gesetz anerkannt; denn es läßt die Ehe wegen Ehebruchs nur auf Antrag scheiden, ja trotz des Ehebruchs gestattet es nicht nur das Weiterbestehen der Ehe, sondern versagt sogar die Scheidung, wenn der andere Teil „zustimmt oder sich der Teilnahme schuldig macht" — § 1565 II oder verziehen hat — § 1570. Auch tritt Bestrafung nur ein, wenn die Ehe wegen dieses Ehebruchs geschieden ist (172 I. Str.G.B.), auch dann tritt die Verfolgung nur auf Antrag ein (Absatz II). Das Gesetz kennt also auch außer der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft genug Fälle, wo es den Ehebruch weder bestraft, noch seinetwegen die Ehe löst. Daher kann die eheliche Treue kein formales Wesenserfordernis der Ehe sein. Also liegt auch für uns kein zwingender Grund für eine neue Ausnahme von § 1586 Satz 1 vor[90].

II. Schwieriger ist die Frage nach der Ehelichkeit der Kinder.

Zwar liegt es durchaus nicht außerhalb der Denkmöglichkeit, daß das Gesetz den in einer Ehe von den Gatten erzeugten Kindern aus irgend einem Grunde (z. B. hier wegen der Auflösung der ehelichen Gemeinschaft) die gleiche Behandlung zuteil werden ließe, wie den unehelichen[91]; aber eins ist doch geeignet, uns stutzig zu machen; die Logik,

---

[90] Obwohl es zur Entscheidung unserer Frage nicht von Bedeutung ist, möchte ich doch erwähnen, daß dies Ergebnis gar nicht so unbillig ist, wie es scheint. Schon Luther hat den Ehebruch gerechtfertigt für den Fall, daß der andere Gatte den ehelichen Pflichten nicht nachkommen könne (X 2, S. 278/79) oder wolle (X 2, S. 290/91, und VI, S. 558/59). Noch weniger kann es in unserem Falle so unbillig sein, da doch die beiderseitigen ehelichen Pflichten und Rechte (nach Rauch nur die Rechte, vgl. hierüber Anm. S. 109) aufgehoben sind. Im Ergebnis übereinstimmend außer den Anhängern der Lehre von der Auflösung: Töpffer 31, Liszt, und Binding, Lehrb. I, S. 220/21, der sogar behauptet, wenn „zwei Personen dauernd von Tisch und Bett getrennt sind und einander doch zu geschlechtlicher Treue verpflichtet bleiben", so wäre dies ein „sinnwidriger Zustand".

[91] So liegt es z. B. tatsächlich, wenn der Vater mit der Klage auf Anfechtung der Ehelichkeit zu Unrecht durchdringt (§§ 1593, 1596).

die wir als einzige Ursache, für Ausnahmen von der Regelung des § 1586 S. 1 anerkannt haben, scheint uns zu gebieten: „die in einer Ehe von den Ehegatten erzeugten Kinder sind ehelich". Dagegen hilft freilich keine gesetzliche Bestimmung. Aber Wert hat diese Erkenntnis doch nicht für uns; denn damit ist noch gar nicht gesagt, daß das Gesetz nun auch gezwungen sei, diese ehelichen Kinder in irgend einer Hinsicht anders zu behandeln als die unehelichen. Also gibt es auch hier keine Abweichung von dem § 1586. Die Kinder sind zwar ehelich, werden aber in jeder Hinsicht den unehelichen gleich behandelt. — Ähnlich, wie ja auch zwischen ihren Eltern zwar eine Ehe besteht, aber in (fast) allen Wirkungen behandelt wird, als sei sie aufgelöst. Das Gegenspiel haben wir in §§ 1593, 1594 I, wenn der Vater die rechtzeitige Anfechtung der Ehelichkeit versäumt hat — das Kind i s t dann noch immer unehelich, denn es ist nun einmal nicht von den Ehegatten erzeugt — auch gegen diese logische Folgerung kann keine gesetzliche Bestimmung etwas ausrichten — aber es wird rechtlich in jeder Hinsicht den ehelichen Kindern gleich behandelt.

Die einzige Folgerung, die unsere Anschauung, daß die Ehe nicht aufgelöst wird, hat, ist demnach, da die Wiederverheiratung schon vom Gesetze selbst ausgenommen ist, die Unmöglichkeit eines Adoptivverhältnisses zwischen den Ehegatten (A. A. natürlich Seckel 385 Anm. 142).

5. Anwendung im Einzelnen

Dagegen hat die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft unter anderem folgende Wirkung:

A. BGB.

I. Die sogenannten spezifischen Scheidungswirkungen [92].

1. Namensführung § 1577.
2. Unterhaltungspflicht §§ 1578—1583.
3. Schenkungswiderruf § 1584.

---

[92] Vgl. Staudinger, Engelmann, N. III zu 1586, auch Jakobi S. 104, Anm. 126a, der allerdings I 1—4 nicht erwähnt, vermutlich aus Versehen (gleiche Ansicht Seckel 362, Anm. 37). Sonst ist das Eintreten dieser Wirkungen allgemein unbestritten; nur Süßheim (Gruchot 43, S. 582), der die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft schlechtweg als Trennung von Bett und Tisch bezeichnet, und entgegen dem Wortlaut des Gesetzes (1586) verneint, daß die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft im allgemeinen die gleichen Wirkungen, wie die Scheidung habe, kommt zu dem Ergebnis, daß „die Frau den Namen des Mannes unbedingt weiter zu führen hat und andererseits weiterführen darf". Über I 2—8 äußert er sich nicht.

4. Beitrag der Frau zum Unterhalte gemeinschaftlicher Kinder § 1585.

5. Recht des Unschuldigen auf Rückerstattung des Eingebrachten § 1478.

6. Primäre Unterhaltspflicht des geschiedenen unterhaltungsverpflichteten Gatten § 1608 Abs. II.

7. Unterhaltsberechtigung vor „den volljährigen oder verheirateten Kindern und den übrigen Verwandten". § 1609 II 2.

8. Sorge für die Person der Kinder im Fall der Scheidung wegen Verschuldens §§ 1635 und 1636.

II. Die sog. mittelbaren Wirkungen.

1. Die Frau teilt nicht den Wohnsitz des Mannes § 10 I.

2. Die Ansprüche zwischen den Ehegatten verjähren ungehemmt, § 204 Satz I.

3. Keine Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft § 1353[93].

4. Kein Entscheidungsrecht des Mannes nach § 1354.

5. Keine Pflicht der Frau zur Arbeit, nach § 1356 II.

6. Keine Schlüsselgewalt § 1357.

7. Das Kündigungsrecht des Mannes bei Übernahme persönlicher Dienste durch die Frau hört auf. § 1358.

8. Bei Verpflichtung der Gatten untereinander kommt nicht mehr die diligentia quam suis zur Anwendung, sondern die allgemeinen Regeln. § 1359.

9. Keine Eigentumsvermutung des § 1362 I, 1.

10. Aufhören jedes Güterstandes. §§ 1418 ff., 1426 ff., 1468 ff., 1542 ff., 1549 ff.

11. Keine der normalen Scheidungsmöglichkeiten. §§ 1565—69[94].

---

[93] Rauch 38 behauptet, vom kanonischen Rechte ausgehend, die Pflichten beständen „an sich" noch, nur könne „ihre Erfüllung nicht mehr verlangt werden". Er geht bei der Begründung dieses Satzes von dem bereits widerlegten Irrtum aus, daß der wesentliche Kern des materiell wichtigen Inhalts der Ehe mit ihren formalen Wesensbedingungen identisch sei. Überhaupt muß nach unseren Anschauungen von Recht und Logik immer einer Pflicht ein Recht entsprechen. Höchstens ließe sich Rauchs Ansicht aus metaphysischen Gedankengängen erklären, die wir aber bei dieser Erörterung über unser »jus humanum« besser aus dem Spiele lassen.

[94] Die sog. Umwandlungsklage des § 1576 auf Scheidung unterscheidet sich von denen der §§ 1565—69 wesentlich dadurch, daß das Urteil keine selbständige inhaltliche Entscheidung treffen kann, sondern lediglich die Schlußfolgen aus dem vorliegenden Urteil auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft zu ziehen hat.

12. Der Mann gilt nicht als verschwägert mit den nach der Aufhebung empfangenen Kindern der Frau (er *ist* es natürlich doch, nur hat das keine rechtlichen Folgen s. o.) § 1590 I 1.

13. Daher besteht für ihn, gegenüber den nach der Aufhebung empfangenen ebenso wie gegenüber etwa sonstigen unehelichen Töchtern der Frau nicht das trennende (§ 1327) Ehehindernis des § 1310 I, sondern höchstens (wenn die Ehe konsummiert war) das aufschiebende des § 1310 II [95].

Das Entsprechende wäre für eine Heirat zwischen der Frau und den nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erzeugten unehelichen Söhnen (natürlich nicht denen, die ihm die Frau geboren hat), des Mannes zu sagen.

14. Daher besteht auch keine Schwägerschaft im Sinne der Reichsjustizgesetze. S. dort und E.G. BGB. Art. 33.

15. Die gemeinschaftlichen Kinder (soweit sie nach der Aufhebung erzeugt sind) werden in jeder Hinsicht wie uneheliche behandelt (obwohl sie ehelich sind s. o.). Im allgemeinen wird jedoch in dem Geschlechtsverkehr der Eltern eine Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft zu sehen sein und daher dieser Fall ohne Bedeutung sein.

16. Die Gatten *gelten* als „unverheiratete Kinder" im Sinne des § 1612 II.

17. Ist die Frau minderjährig, so *gilt* sie als „unverheiratetes Kind" im Sinne der §§ 1579 I 2, 1602 II, 1603 II, 1609 II 1.

18. Ferner hört die Beschränkung des Inhabers der elterlichen Gewalt (§ 1633) und des Vormundes (§ 1800) in der „Sorge für die Person" auf „die Vertretung in den die Person betreffenden Angelegenheiten" auf. Dies ist auch der Fall, wenn die Person volljährig ist, aber unter Vormundschaft steht. § 1901 II.

19. Hat der Mann die elterliche Gewalt verwirkt, so steht diese nach § 1684 I 2 der Frau zu.

20. Ruht die elterliche Gewalt des Vaters, so übt sie die Mutter *nicht* ohne weiteres aus. § 1685 I.

21. Aber das Vormundschaftsgericht hat ihr auf ihren Antrag die Ausübung zu übertragen, wenn die elterliche Gewalt des Vaters ruht

---

[95] Bedeutung hat dies nur, wenn die Ehe ohne Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft aufgelöst ist; denn solange die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft dauert, besteht das trennende Hindernis des § 1326, während nach Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft und darauffolgendem Tod der Frau § 1310 I (§ 1587!) in Betracht kommt.

und keine Aussicht besteht, daß der Grund des Ruhens wegfallen werde. § 1685 II 1.

22. Aber dann erlangt sie auch die Nutznießung an dem Vermögen des Kindes. § 1585 II im Gegensatz zu § 1585 I.

23. Zur Ehelichkeitserklärung eines unehelichen Kindes durch Verfügung der Staatsgewalt bedarf der Vater nicht der Zustimmung der Frau § 1726 I 2. — Dagegen ist, wenn die Frau zugleich Mutter ist, diese Zustimmung erforderlich; doch kann sie möglicherweise durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden. § 1727.

24. Das gleiche gilt für beide Gatten, wenn der eine ein Kind annehmen oder sich selbst an Kindesstatt annehmen lassen will. § 1746 I.

25. Die Gatten können nicht ein gemeinschaftliches Kind annehmen. § 1749 I.

26. Ein von dem einen angenommenes Kind kann nicht auch von dem anderen angenommen werden § 1749 II.

27. Wenn der eine Ehegatte ein Kind des anderen an Kindesstatt annimmt, so erlangt es nicht „die rechtliche Stellung eines gemeinschaftlichen Kindes der Ehegatten [96]. § 1757 II.

28. Der Mann darf nicht nach § 1778 III vor den nach § 1776 Berufenen zum Vormund der Frau bestellt werden.

29. Jeder Gatte kann als Vormund sein Mündel vertreten, auch bei Rechtsgeschäften zwischen seinem Gatten und dem Mündel (§ 1795, 1) und bei einem Rechtsstreite zwischen ihnen (§ 1795, 3).

30. Das Gleiche gilt für die Vertretung des Kindes durch den Vater (§ 1630 II) oder die Mutter (§ 1686).

31. Die Frau darf in allen Fällen auch ohne die Zustimmung des Mannes zum Vormunde bestellt werden. § 1783.

32. Daher braucht das Vormundschaftsgericht sie auch nicht zu entlassen, wenn der Mann die Zustimmung versagt oder widerruft. § 1887 II 1.

33. § 1900 I ist für uns unnötig s. Nr. 31.

34. Wird der eine (volljährige) Gatte entmündigt, so kann der andere *nicht* vor den Eltern und Großvätern zum Vormunde bestellt werden (§ 1900 II).

35. Auch im Sinne des § 1899 II *gelten* sie nicht als „Ehegatten“ (vergl. aber Anm. zu 25—27).

---

[96] Zu 25—27: Praktisch werden diese Fälle kaum werden, da in der Regel in diesen Handlungen eine Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft zu erblicken sein wird.

36. Der überlebende Gatte hat kein Recht auf den gesetzlichen Erbteil (§ 1931), den Voraus[97] (§ 1932), den Pflichtteil (§ 2303 II).

37. Eine letztwillige Verfügung ist nach § 2077 I 1 unwirksam, desgleichen ein gemeinschaftliches Testament nach § 2268 und ein Erbvertrag — § 2279 I, auch insoweit, als ein Dritter bedacht ist — § 2279 II.

38. Unmöglich ist nach der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft die Errichtung eines gemeinschaftlichen Testamentes. § 2265.

39. Die Ehegatten können auch keinen Erbvertrag mehr schließen, wenn einer von ihnen geschäftsbeschränkt ist. § 2275.

40. Wenn ein Gatte unter elterlicher Gewalt steht, ist Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich zur Aufhebung des Erbvertrags oder einer einzelnen vertragsmäßigen Verfügung (§ 2290 III), zur Zustimmung zur testamentarischen Aufhebung einer vertragsmäßigen Verfügung, durch die ein Vermächtnis oder eine Auflage angeordnet ist (§ 2291 I 2)[98], zu einem Erbverzicht (§ 2347 I) und zum Verzicht auf eine Zuwendung, mit der man testamentarisch oder (als Dritter) in einem Erbvertrag bedacht ist. § 2352[99].

41. Die Zehnjahre-Frist des § 2325 III läuft von der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft an.

B. Prozeß

1. Die Frau teilt nicht, ebenso wie den Wohnsitz, den Gerichtsstand des Mannes. § 10 BGB. (Abs. 2!). § 13 Z.P.O.

2. Ausschluß und Ablehnung des Richters usw. (§§ 41, 42, 49, 406, 1032 Z.P.O. 22, 23, 72 Str.G.O., 116, 156 I u. II, 193 G.V.G.) in Sachen der Ehefrau oder ihrer Vorfahren und Nachkommen bleibt unberührt, denn das Gesetz sagt, „auch wenn die Ehe nicht mehr besteht".

3. Ebenso liegt es bei der Verweigerung des Zeugnisses. §§ 383 ff Z.P.O., 51 ff. Str.P.O.

---

[97] Nach Lage der Sache wird er aber oft das Eigentum (oder Miteigentum: Hochzeitsgeschenke) an den fraglichen Gegenständen haben.

[98] Nicht aber ist die Genehmigung erforderlich zur Aufhebung eines Erbvertrags durch ein gemeinschaftliches Testament. Vielmehr hat die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft auf die Bestimmung deshalb keinen Einfluß, weil ja (s. Nr. 38 und § 2265) gar kein gemeinschaftliches Testament mehr möglich ist. Seckels Bemerkung S. 370 beruht demnach auf einem Irrtum oder Versehen.

[99] Warum K. L. Mayer § 2234 I anführt (S. 57), ist nicht ersichtlich; die Wirkung dieser Bestimmung wird weder durch die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft, noch durch die mit dieser verbundenen Streitfragen berührt.

4. § 646 I 1 Z.P.O. Das Antragsrecht der Ehegatten auf Entmündigung des anderen erlischt.

Daher ist die Bestimmung in Satz 3 einerseits überflüssig — denn auch ohne die Erwähnung der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft bestände das Antragsrecht der Verwandten infolge §§ 646 Z.P.O. 1586 BGB. — und irreführend — denn sie kann Zweifel hervorrufen, ob etwa dem Ehemanne gegenüber das Antragsrecht der Frau nach der Aufhebung nicht erloschen wäre [100].

Infolge der Verweisung in § 664 II gilt das Gleiche für die zur Erhebung der Anfechtungsklage Berechtigten.

5. §§ 741 ff. und 860 ff. kommen nicht in Betracht, da bereits güterrechtlich der gleiche Zustand wie nach einer Scheidung herrscht.

6. § 850 IV stellt den früheren Ehegatten dem Ehegatten gleich, so daß auch auf ihn unsere Streitfrage keinen Einfluß hat.

7. Aus dem Strafprozesse sei noch erwähnt:

a) Der Ehemann braucht in der Hauptverhandlung nicht als Beistand zugelassen und gehört zu werden. § 149.

b) Er kann nicht selbständig von den Rechtsmitteln Gebrauch machen. § 340 I.

c) Der Ehegatte hat nach dem Tode des anderen weder das Antragsrecht auf Wiederaufnahme des Verfahrens — § 401 —, noch

d) das Recht, die Privatklage fortzusetzen. § 432 II.

C. Strafrecht

I. Der Ehegatte *gilt* nicht als Ehegatte oder Angehöriger im Sinne des § 52 II [101].

---

[100] Vgl. über diesen Paragraphen die treffenden Ausführungen Töpffers 34/35. Inkorrekt gefaßt — wie Seckel S. 371/72 meint — ist der Paragraph nicht. Sie *ist noch* Ehefrau. — Freilich geht ja Seckel auch von der Ansicht aus, die Ehe sei aufgelöst. —

Wir sind daher einerseits zwar der Ansicht, daß Satz 3 nicht „korrektorisch ausgelegt" zu werden braucht, was Seckel S. 372 für nötig hält, — denn die Ausdrucksweise ist nicht *falsch*, sondern nur irreführend — andererseits können wir auch K. L. Mayer nicht folgen, der, weil er es nicht für angängig hält, den Paragraphen korrektorisch auszulegen, die — irrtümlicherweise — aus Satz 3 gezogene Folgerung (daß das Antragsrecht des Ehemanns nicht erloschen sei) gegenüber dem BGB. und dem Satz 1 durchgreifen läßt (S. 59—61).

[101] Als Angehörige kommen in unserer Frage überhaupt nur die Ehegatten (oder Ehegatten der Geschwister) in Betracht, da für Verwandte und Geschwister nach Strafgesetzbuch nur die Blutsgemeinschaft entscheidend ist (s. o.), und die Verschwägerung auch nach Auflösung der Ehe fortbesteht (§ 1590 II BGB.).

1. Also ist er nicht straffrei im Falle der §§ 52 I, 54, 247 II, 257 II, 370 I, 5 II.

2. Der Ehemann ist nicht strafbar, wenn er nach der Aufhebung seine Frau (weder gewohnheitsmäßig noch aus Eigennutz) verkuppelt[102]. § 181 I Nr. 2 und III.

3. Die Strafmilderung des § 213 tritt bei Provokation des Ehegatten (bei Aufhebung) nicht ein.

4. Die Strafschärfung bei Zuhälterei[102] des Ehemannes fällt fort. § 181.

5. Auch ohne Antrag können

a) Diebstahl — § 247 I,

b) Betrug — § 263 IV— und

c) Jagdfrevel — § 292 IV — verfolgt werden, wenn sie sich gegen den Ehegatten richten.

6. Die Zurücknahme des Antrags ist daher in diesen Fällen auch nicht möglich, auch in den Fällen, die allgemein Antrag des Verletzten voraussetzen, aber die Zurücknahme des Antrags auf die Angehörigen beschränken — die vorsätzliche Sachbeschädigung (§ 303 IV) und Fälle der Körperverletzung (§ 232 IV) — kann der Antrag nicht zurückgenommen werden.

7. Es fehlt das Antragsrecht

a) des Ehegatten wegen Beschimpfung des Andenkens des Verstorbenen. § 189 III,

b) des Ehemanns bei Beleidigung der Ehefrau. § 195.

II. Strafbar ist der Ehemann, wenn er (nach Aufhebung — ebenso wie nach Scheidung)

1. die geisteskranke, willen- oder bewußtlose (§ 176 I 2),

2. vergewaltigte, bedrohte, willen- oder bewußtlos gemachte (§ 177 II) Frau mißbraucht.

„Unverehelicht" im Sinne des § 237 ist die Frau nach der Aufhebung ebensowenig wie die verwitwete oder geschiedene Frau. Zustimmend herrschende Meinung, s. Frank N. I 2.

III. 1. Über die §§ 171. 383 ist schon zur Genüge gesprochen. Es hat sich gezeigt, daß Behr hier unmögliche Resultate erzielt und Seckel ihnen

[102] Doch wird man bei einem derartigen Tatbestande regelmäßig eine — wenn auch etwas eigenartige — Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft annehmen müssen, so daß dann „die mit der Aufhebung verbundenen Wirkungen" weggefallen sind (§ 1587 BGB.) und doch die Strafschärfung einzutreten hat.

vergebens zu entgehen versucht. Diese Bestimmungen zeigen im Zusammenhang mit § 1586 BGB., daß einzig die Ansicht möglich ist, daß die Ehe durch Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nicht aufgelöst wird. Zustimmend Frank N. II „nach überwiegender Ansicht".

2. § 172. Wie schon erwähnt, ist die Treupflicht zwar regelmäßig ein äußerst wichtiger Inhalt der Ehe, doch braucht ihr Fehlen nicht den formellen Bestand der Ehe zu berühren. Daher hat — da das Gesetz selbst keine Ausnahme trifft — auch hier die allgemeine Regel des § 1586 BGB. Anwendung zu finden. Ein Ehebruch nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft ist ebensowenig wie nach Scheidung möglich. Die zivilrechtlichen Schriftsteller sind in dieser Frage ihrer Grundanschauung entsprechend gruppiert. Von den strafrechtlichen Schriftstellern sind unserer Ansicht Frank, N. III 1, Binding, Lb. I 220, Liszt § 116. A. A. Olshausen N. 2.

D. Konkurs- und Anfechtungsrecht

1. Die Anfechtungsmöglichkeiten der §§ 31, II 32 II K.O. und § 3 Nr. 2 u. 4 Anfechtungsgesetz kommen (soweit sie die Ehegatten betreffen — Verschwägerung bleibt auch nach der Aufhebung bestehen — s. o.) nicht in Betracht, wenn die anfechtbare Handlung nach der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft vorgenommen ist.

2. § 45 K.O. kann nicht von Belang sein.

3. Die Stimme des Ehegatten zählt mit, auch wenn er dem Vergleiche zustimmt. § 183 K.O.

E. Staatsangehörigkeit

Nach der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erstreckt sich

1. die Verleihung der Staatsangehörigkeit nicht zugleich auf die Frau. § 11.

2. die Entlassung des Mannes nicht zugleich auf die Ehefrau. § 19.